



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“DEFICIENCIA EN LA REGULACIÓN DE
LA MATERNIDAD SUBROGADA”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

MARÍA TERESA DESCHAMPS VARGAS

Director de Tesis:
MTRO. MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

Revisor de Tesis:
LIC. JOSÉ DE JESÚS ROSALES ROMERO

BOCA DEL RÍO, VER.

ABRIL 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

“Nunca tomes el estudio como una obligación, sino como la envidiable oportunidad de aprender, como medio de conseguir una gran alegría personal, de la que participarán tus padres, y como beneficio de la sociedad a la que pertenece tu trabajo futuro”.

Albert Einstein.

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

A Dios, por darme la oportunidad de vivir, de permitirme llegar a este momento de mi vida y haberme dado la fortaleza necesaria para poder lograr mis metas y objetivos.

A mis padres, Ángel y Tere, a quienes les debo toda mi vida, les agradezco el cariño y comprensión, porque han sabido formarme con buenos sentimientos, hábitos y valores, lo cual me ha ayudado a salir adelante buscando siempre el mejor camino. Gracias por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, por los ejemplos de perseverancia y constancia que los caracterizan y que me han inculcado siempre, por el esfuerzo y las ganas de salir siempre adelante, pero sobre todo, por su amor.

A mis hermanos, José Ángel y Sofía, por estar conmigo siempre, por su alegría contagiosa, por sus ocurrencias disparatadas, por enseñarme todos los días algo nuevo. Gracias por su apoyo incondicional.

A mis maestros, gracias por su tiempo, por su apoyo, y por la sabiduría que me transmitieron en el desarrollo de mi formación profesional.

Y finalmente, a todas las personas que marcaron cada etapa de mi vida, tanto personal como profesional.

ÍNDICE

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN.	1

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	9
1.2. JUSTIFICACIÓN.	9
1.3 OBJETIVOS.	11
1.3.1 Objetivo general.	11
1.3.2 Objetivos específicos.	11
1.4. HIPÓTESIS.	12
1.5. VARIABLES.	12
1.5.1. Variable independiente.	12
1.5.2. Variable dependiente.	12
1.6. DEFINICIÓN DE VARIABLES.	12
1.7. TIPO DE ESTUDIO.	13
1.8. DISEÑO.	13
1.8.1. Investigación documental.	13
1.8.1.1. Centros de acopio de información.	13
18.1.1.1 Bibliotecas públicas.	13
18.1.1.2 Bibliotecas privadas.	13
1.8.1.1.3 Bibliotecas particulares.	14
1.8.1.2. Técnicas empleadas para la recopilación de información.	14
1.8.1.2.1. Fichas bibliográficas.	14
1.8.1.2.2. Fichas de trabajo en la modalidad de transcripción.	14

CAPÍTULO II

EL ORIGEN Y LA EVOLUCIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2.1. ANTECEDENTES EN LA EDAD ANTIGUA.....	15
2.1.1. Antecedentes en la Biblia.....	15
2.1.2. Antecedentes en Mesopotamia.....	17
2.1.3. Antecedentes en Egipto.....	17
2.1.4. Antecedentes en Grecia y Roma.....	18
2.1.5. Antecedentes en la India.....	18
2.1.6. Antecedentes en Rusia.....	19
2.2. ANTECEDENTES EN LA EDAD MEDIA.....	20
2.3. ANTECEDENTES EN LA EDAD MODERNA.....	20
2.4. ANTECEDENTES EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA.....	20

CAPÍTULO III

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO.

3.1. LA MATERNIDAD.....	43
3.1.1. La maternidad en el marco tradicional de la filiación.....	49
3.1.2. Significación actual del principio <i>mater semper certa est</i>	50
3.1.3. Disociación de maternidades.....	53
3.2. EL PARENTESCO.....	54
3.3 REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	58
3.3.1 Técnicas de reproducción asistida.....	59
3.3.1.1. Inseminación artificial.....	59
3.3.1.2. Fecundación in-vitro (FIV).....	63
3.3.1.3. Micro inyección espermática (ICSI).....	64
3.3.1.4. Cultivo de embriones.....	65
3.3.1.5. Transferencia de embriones.....	65
3.3.1.6. Maternidad subrogada.....	67

3.4. LA MATERNIDAD SUBROGADA.	67
3.5. CLASIFICACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	70
3.5.1. Maternidad subrogada homóloga.	70
3.5.2. Maternidad subrogada heteróloga.	71
3.6. CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA MATERNIDAD SUBROGADA.	71
3.7. POSTURAS DOCTRINARIAS ACERCA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO.	74
3.7.1. Argumentos en contra de la maternidad subrogada.	74
3.7.2. Argumentos a favor de la maternidad subrogada.	80
3.8. TEORÍAS SOBRE EL PRESUPUESTO DETERMINANTE DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	81
3.8.1. Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento biológico. ...	81
3.8.2. Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento volitivo.	82
3.8.3. Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento genético.	83

CAPÍTULO IV
REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
EN LOS ESTADOS DEL PAÍS.

4.1. REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	85
4.2. REGULACIÓN LEGAL EN TABASCO.	88
4.2. REGULACIÓN LEGAL EN COAHUILA.	90
4.3. REGULACIÓN LEGAL EN EL DISTRITO FEDERAL.	90
4.4. REGULACIÓN LEGAL EN MORELOS.	92
CONCLUSIONES.	95
RECOMENDACIONES.	99
BIBLIOGRAFÍA.	101
LEGISGRAFÍA.	104
LINKOGRAFÍA.	105

INTRODUCCIÓN

En diversas partes del mundo, como son Estados Unidos, Inglaterra, Francia, España e Italia, es ya una realidad la subrogación de úteros, es decir el contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible.

En nuestro país, ocurre lo mismo; recientemente se acaba de legislar al respecto en el Distrito Federal y Puebla, no pasando desapercibido que en algunos estados de la República los códigos civiles ya regulan estas situaciones de manera contractual como en Tabasco y Querétaro.

La maternidad subrogada surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, y tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, sin embargo, existen otras causas que dan origen a la maternidad subrogada, entre otras: cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación; cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación; cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé; cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio; cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado,

producto de unir su óvulo y el espermatozoide de su marido mediante una fecundación in vitro. La presente iniciativa, promueve el deseo noble de ayudar a otras a ser padres, entre las que también puede contarse una familiar cercana (hermana, cuñada, prima, etc.).

Esta técnica de maternidad subrogada o de alquiler de vientres que posibilita el embarazo, sin necesidad de que para ello exista cópula, puede desarrollarse de diversas modalidades:

1.- La pareja que contrata aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento;

2.- La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con el espermatozoide de la pareja que contrata o de un tercero anónimo o conocido. En este caso no se trataría sólo de una mujer que alquila su vientre, sino que es además madre de la criatura;

3.- El material genético es aportado por individuos (ambos o sólo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.

Se emplea la técnica de la fecundación in vitro: una vez realizada la fusión de los gametos, el embrión resultante es implantado en la mujer que, de este modo, prestará su cuerpo haciendo posible la gestación y el parto. En este contrato intervienen tres partes: por un lado, la pareja contratante (aportando la totalidad del material genético o parte del mismo, según el caso); por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; y, en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora.

La maternidad subrogada se realiza mediante un contrato, y es una de las categorías de las nuevas tecnologías de reproducción.

Los avances en las técnicas para la reproducción asistida alrededor del mundo, responden a la necesidad de un sector de la población que enfrenta problemas para procrear. Parejas que por causas genéticas, ambientales o de salud se ven imposibilitadas para formar una familia, encuentran cada vez más posibilidades de tener descendencia gracias a la medicina moderna.

En México, una de cada seis parejas presenta o ha presentado algún tipo de problema para tener hijos y hasta un 10 por ciento de éstas han tenido que utilizar algún método de reproducción asistida, según cifras de diversos institutos de infertilidad como el Instituto Valenciano de Infertilidad en México.

La mayoría de los casos de parejas que reciben algún tipo de tratamiento logran su objetivo; las que no, consideran la adopción. Sin embargo, hay a quienes por la cantidad de trámites o la persistencia de tener un hijo de su sangre los llevan a analizar otras opciones como la maternidad subrogada. En esta técnica, conocida también como vientre de alquiler o madre sustituta, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato. La relación entre la pareja y la mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres, concluye con el nacimiento. Aunque también hay casos en el que además la mujer presta sus óvulos para la fecundación.

En algunos países puede ser un acto altruista y en otros es posible obtener ganancia por la renta del vientre. Pero en todos los casos, los padres deben hacerse cargo de los gastos de la fecundación y la inseminación, así como los gastos que el embarazo y parto generen.

La filiación constituye una de las instituciones pilares del derecho de familia, es por ello que ha sido desarrollada por numerosos y prestigiosos juristas. Sin embargo, por lo general se ha dedicado una atención especial a los múltiples problemas relacionados a la paternidad, tanto así que sorprende cuan descuidada ha estado la cuestión de la maternidad, no obstante, presenta más problemas de lo que pudiera parecer, tanto de tipo conceptual como funcional dentro de nuestro ordenamiento, de ser presupuesto y tener relación estrecha con la paternidad y su determinación.

En cuanto a la maternidad, su clásica y repetida certeza, de acuerdo al principio *mater semper certa est*, resulta en algunos casos menos segura de lo que parece, además de tener una inteligencia y alcance distintos de los que suele dársele.

Y es que el paso del tiempo aunado a los avances científicos han ido desvirtuando y planteando retos al Derecho, como herramienta normativa.

Ante dichas dificultades tanto la doctrina como la jurisprudencia brindan soluciones aplicables a hechos concretos, sirviendo de este modo de inspiración y marcando los lineamientos necesarios para futuras regulaciones e invitando al mismo tiempo, a realizar determinadas modificaciones.

En el caso específico de la maternidad, la ciencia ha permitido que se de realidad aquello que se denomina maternidad subrogada y que no es más que el acuerdo para que sea una mujer quien geste a un niño que no necesariamente sea genéticamente idéntico a ella. Esta técnica se presenta en varias modalidades y frente a su aplicación y los múltiples casos en los que ya se ha puesto en práctica se han evidenciado lagunas en los diversos ordenamientos jurídicos. Asimismo, prestigiosos juristas se han manifestado al respecto planteando su aceptación o rechazo a esta técnica.

Otro tema ha pasado a ser muy controvertido, el llamado contrato de alquiler de útero, según muchos juristas y esto apoyado por diversos fallos internacionales estipulan que sería nulo todo acuerdo de ese tipo ya que no se puede contratar con partes del cuerpo humano por ser este indisponible ni tampoco con el status de familia, llegando a ser ilícito para contravenir el orden público y las buenas costumbres, por otro lado más allá de que sea nulo o no, hay otro factor mas importante y que es el de determinar la filiación de ese niño nacido por este tipo de fecundación asistida.

Reconocidos juristas entre ellos Juan Espinoza, Gustavo Bossert, Zannoni entre otros, establecen que la maternidad subrogada a título gratuito sería lícito y que sí se podría aceptar en nuestro ordenamiento jurídico ya que ahí sí se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ese bebé, no convirtiendo así esta situación en algo aberrante al ver un fin económico en medio de ello, lo cual trastoca valoraciones éticas que maltratan al niño y degradan a la mujer y al niño porque se le conceptualiza como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres. O la mercantilización de la fecundación uterina que conlleva a la degradación de la mujer concebida como una incubadora o como una fábrica de hacer niños. Pero esta discusión acerca de la licitud de la maternidad subrogada es una mera evasión del problema, no podemos tratar de tildar jurídicamente de imposible lo que es posible en la realidad y consecuentemente el hijo que nazca de tal contrato de alquiler de vientre no es nulo sino que tiene una personalidad y debe tener una filiación que debe ser definida jurídicamente. Porque el niño no tiene responsabilidad alguna en la forma en que fue procreado. Al embrión, y luego al niño que nazca, nadie deberá perjudicarlo, ni siquiera por errores o mala aplicación de los convenios, pues está protegido por el Derecho.

Además, la maternidad subrogada ya está planteando problemas jurídicos en la realidad, casos presentados en otros países lo demuestran y el nuestro no es ajeno a ello.

Aunque la preocupación de sociólogos, filósofos, psicólogos, moralistas y juristas, además de los biólogos y médicos, ha existido desde el mismo inicio de los primeros descubrimientos, sin embargo, será a partir de los años setenta cuando principalmente se llevan a cabo los intentos más firmes de estudiar en profundidad el fenómeno de las técnicas destinadas a facilitar la procreación en todas sus vertientes, así como para establecer una reglamentación de conjunto que controle tanto su desarrollo como las consecuencias.

Cuando en los distintos países se toma conciencia de que no sólo se trata de experimentos sino de una práctica que empieza a ser común y que no siempre encaja en el sistema jurídico vigente, los congresos se suceden, las comisiones multidisciplinarias convocadas por los distintos gobiernos o parlamentos o por asociaciones jurídicas o científicas trabajan denodadamente en la tarea de encontrar la solución jurídica más adecuada e incluso se promulgan los primeros textos legales.

Los participantes se dan cuenta de lo delicado de encontrar una buena solución y también de la necesidad de que existan, porque las investigaciones y los tratamientos no se detienen, sino que prosiguen a gran ritmo. Incluso el Consejo de Europa piensa en la conveniencia de una armonización de las legislaciones.

El derecho en general se ve conmovido por los descubrimientos científicos; pero no sólo el mundo jurídico se ve afectado, sino también la moral, las relaciones sociales, la integridad familiar, las normas éticas, etc; las instituciones jurídicas del derecho penal entran en crisis, pero también las de derecho civil,

pues conceptos como paternidad, filiación, propiedad, tutela, herencia, etc. deben ser reconsiderados.

Como dice Quiroz Cuarón que las normas de los valores plasmados en las leyes son más estables que los progresos de la ciencia aplicada; esta progresa más de prisa, y periódicamente surgen las diferencias y el desconcierto por el progreso de la técnica. Las normas del derecho no pueden estar sometidas a cambio cotidiano y a la hipertrofia de los descubrimientos científicos, sino que estos deben probar su eficacia para que trasciendan al derecho. El derecho nace de las realidades humanas. Primero existen las realidades, y después se plasman en el derecho

Es ya utilizada la subrogación de úteros, es decir el contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible.

Sin embargo, esto puede acarrear una serie de interrogantes, principalmente: ¿tiene el producto realmente dos madres biológicas?, ¿cuál tiene la patria potestad?

Problemas realmente agudos lo plantean las nuevas posibilidades que la sociedad actúa en la realidad.

A Rodríguez Manzanera le generan preocupaciones especiales, dos situaciones:

- La primera es la posibilidad de verdaderos desastres ecológicos producidos por la ingeniería genética; hay la sospecha de que enfermedades no

conocidas hasta ahora puedan ser resultado de experimentos de manipulación genética.

- La segunda, y que nos llega muy directamente, es la de que los países del tercer mundo pueden convertirse en refugios genéticos, es decir lugares en que puede realizarse impunemente todo tipo de experimentación de ingeniería genética, ya que las legislaciones de los países centrales la están limitando seriamente. Lo anterior no es fantasía: los datos de experimentación con fármacos, de saqueos de tejidos y órganos humanos, de utilización de medicina prohibidas en el país de origen de aprovechamiento de las condiciones de pobreza y de ignorancia, y (por qué no decirlo) la corrupción, nos obligan a estar alerta.

Cabe apuntar que en todas las técnicas de reproducción médicamente asistidas existen riesgos y complicaciones obstétricas, físicas, biológicas, sociales y psicológicas, razón por la cual se requiere siempre el consentimiento informado libre, explícito y por escrito de la pareja (casada o no) que vaya a someterse a técnicas de procreación artificial.

Estas técnicas se aplican bajo responsabilidad médica, profesional y del centro o establecimiento donde se efectúen, y abarcan la información relativa al procedimiento, las oportunas investigaciones para reducir el riesgo de transmitir infecciones o hereditopatías y sobre cualquier otro daño previsible en la mujer o el niño que nazca.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

¿Es necesario, que se legisle y se implemente una regulación en materia de la maternidad subrogada, en nuestro estado?

1.2. JUSTIFICACIÓN.

Quienes acuden a las prácticas de la maternidad subrogada lo hacen inspirados en el deseo de ejercer sus derechos reproductivos, del mismo modo que quienes procrean de manera natural.

Gracias a los adelantos de la ciencia, hoy en día es posible la procreación mediante el uso de técnicas médicas como lo es el de la maternidad subrogada, la reproducción por medio de esta técnica se convierte hoy, en una de las alternativas de procreación humana asistida utilizada por miles de parejas en el mundo entero. Existen casos en los que la maternidad subrogada es el único

medio al alcance de una persona o una pareja para tener un hijo cuando ellos mismos no lo pueden engendrar biológicamente, o la mujer médicamente carece de la posibilidad de llevar a cabo un embarazo a buen término.

El afán de dar continuidad a su genética los lleva a intentar la oferta de técnicas ofrecidas por la ciencia que mejor se adapten a su problema. En vez de recurrir a la adopción prefieren procrear con los gametos de la pareja, o al menos con los de uno de ellos.

Pero también la práctica de esta técnica se ha convertido en algo tan actual y recurrido que ha llegado al punto de volverse un negocio del cual muchas mujeres se valen para mejorar su situación económica.

Pareciera que existe una excusa que justifica a la maternidad subrogada cuando esta práctica sirva de instrumento para hacer efectivo el derecho a la reproducción garantizado en la Constitución. Los solicitantes serían los padres biológicos que estarían haciendo efectivo su derecho a reproducirse, auxiliados por una mujer encargada de gestar al embrión que la madre biológica no puede anidar.

En cambio, si la mujer solicitante no aporta su óvulo, no puede alegar su derecho reproductivo porque carece de la posibilidad biológica para reproducirse, quien se está reproduciendo, en cambio, será quien aporte su óvulo y además la gestante será la madre. Tampoco se puede alegar un derecho a la reproducción cuando el donante de los gametos masculinos sea un tercero ajeno a la pareja.

La falta de legislación en nuestro país, principalmente en nuestro estado, está generando que muchas mujeres en edad reproductiva acepten ser gestantes, por lo que es importante que se regule para evitar que se presenten situaciones en las que quien incubó, cuando nace el bebé, no quiere entregarlo, incluso

habiendo un contrato de por medio; también es necesario que se regule debido a su actualidad y para evitar abusos y malas prácticas

Se necesita un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevar a cabo la maternidad subrogada atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas, tanto la mamá subrogante, la o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo y así poder proteger tanto a la pareja como a la madre, pero sobre todo, al niño, al cual se le deberán de tutelar sus derechos.

Con esta regulación se beneficiarían todos los veracruzanos especialmente aquellos que no pudieran tener hijos ya que tendrían una opción más que analizar, además de proteger a los que ya hayan tomado la decisión de optar por la maternidad subrogada.

1.3 OBJETIVOS.

1.3.1 Objetivo general.

Analizar la importancia de regular en el ámbito civil el tema de la maternidad subrogada principalmente en el estado de Veracruz.

1.3.2. Objetivos específicos.

1.3.2.1 Identificar el origen y la evolución de la maternidad subrogada.

1.3.2.2 Determinar el concepto y la aplicación de la maternidad subrogada en México.

1.3.2.3 Analizar las regulaciones legales estatales acerca de la maternidad subrogada.

1.4. HIPÓTESIS.

En virtud de su práctica recurrente y para subsanar las lagunas legales que existen a nivel local y federal, en el tratamiento de la maternidad subrogada.

1.5. VARIABLES.

1.5.1. Variable independiente.

Los conflictos legales que surgen a partir de la práctica de la maternidad subrogada.

1.5.2. Variable dependiente.

Se necesita regular la maternidad subrogada para subsanar las lagunas legales que existen a nivel local y federal.

1.6. DEFINICIÓN DE VARIABLES.

Legislar: Dar, establecer o redactar leyes.

Maternidad subrogada: Sustituir la condición o calidad de madre.

Lagunas legales: Vacío o defecto en un conjunto o serie de leyes.

1.7. TIPO DE ESTUDIO.

El presente trabajo de investigación se ubica dentro del esquema de los estudios analíticos, que consisten en buscar explicar un fenómeno desde sus diferentes elementos, para comprenderlo como un todo.

1.8. DISEÑO.

1.8.1. Investigación documental.

En virtud de la naturaleza analítica, el presente trabajo de investigación se ha desarrollado mediante la consulta de obras bibliográficas, documentos y publicaciones, por lo que para recabar la información necesaria, se acudió a diversos centros de acopio de información.

1.8.1.1. Centros de acopio de información.

1.8.1.1.1. Biblioteca pública.

Unidad de Servicios Bibliotecarios de la Universidad Veracruzana, ubicada en la Avenida Juan Pablo II, sin número, esquina con Boulevard Adolfo Ruíz Cortines, en el Municipio de Boca del Río, Veracruz.

1.8.1.1.2. Biblioteca privada.

Biblioteca de la Universidad Villa Rica, ubicada en la Avenida Urano sin número, esquina con la calle Progreso en el Municipio de Boca del Río, Veracruz.

1.8.1.1.3. Biblioteca particular.

Del Licenciado Gabriel Fuster Salamanca, ubicada en Zamora número 254, Colonia Centro en Veracruz, Veracruz.

1.8.1.2. Técnicas empleadas para la recopilación de información.

1.8.1.2.1. Fichas bibliográficas.

Son aquellas en las que podemos ordenar un conjunto de datos que nos permita la identificación de algunas publicaciones o parte de ella.

Contienen: nombre del autor, título de la obra, edición, editorial, lugar, año y total de páginas.

1.8.1.2.2. Fichas de trabajo en la modalidad de transcripción.

Son cédulas donde se registran los datos o información que encontramos al consultar las fuentes de información.

Contienen: nombre del autor, título de la obra, edición, editorial, lugar, año, número de páginas consultadas y la transcripción del material de interés.

CAPÍTULO II

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2.1. ANTECEDENTES EN LA EDAD ANTIGUA.

2.1.1. Antecedentes en la Biblia.

Desde tiempos muy lejanos, el hombre, siempre ha deseado tener hijos y a pesar de que había casos de infertilidad, hacía todo lo posible por conseguir un hijo. La primera madre de alquiler de la que se tiene conocimiento, fue hace unos dos mil años antes de Cristo en Canaán, cerca de Hebrón. El antiguo testamento dice en su libro del Génesis 16 que Saraí, la esposa de Abraham, era infértil y le ofreció a su marido, la esclava Agar para que le gestara un hijo. “Saraí dijo a Abraham: Ya que el señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos”¹. Y Abraham accedió al deseo de Saraí.

“En 1910 a. C. Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael. Saraí siempre lo vio y lo trató como si fuera su hijo propio. Este fue el primer niño nacido por medio de un programa de la llamada *gestación subrogada tradicional*. A

¹ BIBLIA DE AMÉRICA, *Libro del Génesis 16*,², quinta edición, Madrid, La Casa de la Biblia, 1997, p. 22.

propósito, de Ismael descienden todos los árabes que se llaman también ismaelitas o agarenos, por el nombre de la *madre subrogada* que ha gestado a Ismael. Después de catorce años, Saraí dio a luz a Isaac. “²

La segunda en optar por este tipo de práctica fue Bilhá, sierva de la bella Raquel, la segunda esposa de Jacob, nieto de Abraham, que le dio dos hijos, Dan y Neftalí. El propio Jacob tenía entonces 85 años.

Por extraño que parezca, en programas de gestación subrogada a menudo ocurren cosas raras, después del nacimiento del niño gestado por la madre de alquiler o, incluso durante la gestación, se queda embarazada inesperadamente la arrendadora del vientre. Lo mismo pasó con Raquel: “Dios también se acordó de Raquel, la escuchó e hizo fecundo su seno”³, después de lo cual ella dio a luz a José, uno de los personajes bíblicos más famosos.

Y la tercera madre subrogada fue Zilpá, la sierva de Lía, la primera y no querida esposa de Jacob. Tratando de conquistar el amor de Jacob, Lía le dio a luz cuatro hijos. Al poco tiempo perdió temporalmente la capacidad de concebir y Zilpá dio a Jacob dos hijos, Gad y Aser. Luego Lía se recuperó y Jacob tuvo con ella dos hijos más, Isacar y Zabulón, así como una hija, Dina.

En la Sagrada Escritura se trata de la llamada maternidad subrogada tradicional, cuando debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas la gente se veía obligada a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler. Sin embargo, desde el punto de vista legal esos niños se consideraban hijos de profetas bíblicos y sus esposas legítimas.

² <http://www.oem.com.mx/elsoldezacatecas/notas/n1720040.htm> Fecha de consulta 26 de octubre de 2011.

³ Op. Cit. Nota 1, *Libro del Génesis 30*,²², p. 36.

2.1.2. Antecedentes en Mesopotamia.

La gestación subrogada se desarrolló en Mesopotamia a mediados del siglo XVIII antes de Cristo, donde la subrogación gestacional fue una práctica corriente, y más aún consolidada legalmente.

“El Código de Hammurabi de 1780 a. C. fue el primero en introducir que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que este pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía *garantías sociales* para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales que no se podía vender *por plata*.”⁴

2.1.3. Antecedentes en Egipto.

La gestación subrogada fue una práctica frecuente en la antigüedad, muchos faraones egipcios se utilizaban a sus sirvientes para tener hijos. Se consideraba que los gobernadores del antiguo Egipto descendían directamente de Ra, el Dios del sol. Para que la sangre divina no se mezclara con la de personas normales, el faraón se casó con su hermana. Claro está que, en caso de haber nacido, los niños procreados en ese matrimonio incestuoso no gozaban de una buena salud.

Por ejemplo, Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI a. C., no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis I.

A propósito, aunque los nacidos de concubinas se consideraban hijos del faraón, se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender al trono

⁴ Op. Cit. Nota 2.

a falta de herederos más legítimos. Tutmosis I reinó durante 13 años, conquistó la mitad del mundo conocido entonces, trajo a Egipto a miles de esclavos pero cuando en 1490 antes de Cristo murió su esposa y hermanastra Ahmose, la hija de Amenhotep I, fue destronado por los sacerdotes. Asumió el poder su hija Hatshepsut, de 16 años, que se considera la primera reina en la historia del mundo. Llegó al trono pese a que Tutmosis ya tenía el hijo Tutmosis II, dado a luz por una esposa secundaria, e incluso un nieto nacido igualmente, el futuro gran guerrero Tutmosis III, padre de Amenhotep II. La monarquía egipcia se heredaba por línea solar femenina, así que el hijo del faraón, independientemente de su filiación, no podía ascender al trono sin haberse casado con su hermana o hermanastra.

2.1.4. Antecedentes en Grecia y Roma.

En las antiguas Grecia y Roma también fue una práctica muy utilizada, porque la esterilidad causaba la cólera de los dioses y la mujer era señalada y repudiada por una cuestión biológica al no ser fértil.

Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, y su esposa estéril Estratónica que de manera personal escogió entre sus prisioneras a la bella Electra para su marido y crió a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos.

2.1.5. Antecedentes en la India.

Existe una leyenda india, “según la cual en 599 a. C., debido a una transferencia embrionaria nació el 24^o *tirthancar* y último buda jainista, Mahavirá. Había sido predestinado a ser grande y nacer en una familia aristocrática perteneciente a la casta Chatría, la única que generaba personajes grandes. Pero Mahavirá decidió reescribir su destino naciendo en la casta brahmán. Cambió su

karma en la vida anterior a su nuevo nacimiento y se reencarnó en un feto en el seno de la brahmán Devananda. Una vez que los dioses se enteraron de ello, quedó embarazada Trisala, la esposa de un Chatría. Al día 82 de la gestación, cuando ambas mujeres dormían abrazadas a sus maridos, los dioses les intercambiaron los fetos. Esta vez Mahavirá no tuvo otro remedio que nacer en la casta Chatría que le había sido predestinada por los dioses y hacerse un *tirthancar*. Entre tanto, Devananda y Trisala que dieron a luz el mismo día, llegaron a ser las primeras mujeres en gestar niños ajenos”⁵, es decir, las primeras madres subrogadas en el sentido moderno de la palabra.

2.1.6. Antecedentes en Rusia.

“El Príncipe Vladimir I de Kiev (995-1015), que evangelizó el antiguo estado ruso y es más conocido como Vladimir el Sol Rojo, antes de convertirse al cristianismo tenía hasta 800 concubinas y estuvo casado con cinco esposas, incluyendo una princesa búlgara y la hija de un príncipe checo, pero en su afán de tener más hijos varones se relacionó con una monje griega, la viuda de su hermano Yaropolk”⁶.

De esta unión en 978 nació el famoso Sviatopolk el Maldito. Vladimir le reconoció como su heredero, al tiempo que Sviatopolk insistía en que era hijo de Yaropolk. Fue precisamente Sviatopolk, nacido *de dos padres* como decían entonces, quien llegó a ser el Príncipe de Kiev tras la muerte de su padre, a despecho de que Vladimir tenía hijos mayores que él. Luego fue destronado por su hermanastro Yaroslav el Sabio.

⁵ <http://surrogacy.ru/es/history.php> Fecha de consulta 30 de enero de 2012.

⁶ Ídem.

2.2. ANTECEDENTES EN LA EDAD MEDIA.

Las diferencias culturales y religiosas no fueron un obstáculo para que en la Edad Media la maternidad subrogada tradicional se utilizara en China, Corea y Japón.

Uno de tales casos que se hizo patrimonio de la historia fue de la esposa de Li, heredero de una familia noble, era estéril y le ofrecieron como concubina a una chica campesina que aún no cumplía la mayoría de edad.

2.3. ANTECEDENTES EN LA EDAD MODERNA.

Las investigaciones en materia de fecundación artificial ya se han desarrollado durante varios siglos. En 1677 el inventor del microscopio Antoni Van Leeuwenhoek estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides. Supuso que el espermatozoide es una suerte de semilla, al tiempo que el útero femenino sólo le crea un ambiente favorable para su *germinación*.

Leeuwenhoek fue consciente de que sus observaciones, que mostraban que en la semilla contenida en los testículos estaba el principio de la reproducción de los mamíferos, iba a chocar con el paradigma de su época, porque sus observaciones estaban en contra de las tesis desarrolladas por grandes sabios de la época, como William Harvey o Regnier de Graaf .

2.4. ANTECEDENTES EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA.

“En 1790 el eminente cirujano y venereólogo escocés John Hunter recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadia y lo inyectó en

la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en la historia. El experimento resultó en el nacimiento de un niño sano ese mismo año”.⁷

En 1880 se llevó a cabo el primer intento de *fecundación in vitro* en conejos y conejillos de indias. Después de 11 años, el científico británico Walter Haupe realizó con éxito una *fecundación in vitro* y transferencia de un embrión de una coneja a otra, haciéndola la primera *madre subrogada animal*. En la última década del siglo XIX el obstetra ruso Victorín Gruzdev elaboró una teoría sobre la importancia de la maduración del óvulo para la fecundación y la probó en conejas. Esta técnica llegó a ser prototipo de la GIFT (transferencia simultánea de gametos femeninos y masculinos a la trompa de Falopio).

A partir de los años 20 del siglo pasado en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado especialmente.

La primera *fecundación in vitro* de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular.

En la Unión Soviética los experimentos de fecundación de óvulos fueron iniciados a finales de los años 60 por B. Leonov en Moscú y A. Nikitin en Leningrado.

El mencionado Borís Leonov estuvo en los orígenes de la *fecundación in vitro* y, en general, de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país. En los duros años del estancamiento brezhneviano cuando no había Internet ni otros medios de comunicación modernos y cuando al país a duras penas llegaban

⁷ Op. Cit. Nota 5.

noticias desde el exterior, Leonov entendió la importancia y el valor de la información fragmentaria sobre los primeros intentos de *fecundación in vitro* en el Occidente e hizo todo lo posible para comenzar el desarrollo de tales programas en este país. Prácticamente a partir de cero creó una nueva orientación en la medicina soviética. Sólo gracias a su energía creativa, enorme talento organizativo y don de persuadir se logró conseguir que el Ministerio de Salud aportara la gigantesca cantidad de 500 mil dólares para la constitución del primer laboratorio de *fecundación in vitro*. Así que con toda razón Borís Leonov puede considerarse el padrino de los muchos miles de niños que han nacido como resultado de los programas que él ha diseñado y plasmado en la vida.

No obstante todos los logros alcanzados anteriormente, como los fundadores de la *fecundación in vitro* en el sentido moderno de la palabra son considerados dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe. En 1967 Edwards consiguió el primer éxito en la *fecundación in vitro* de un óvulo humano.

“La historia de la maternidad subrogada comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración”⁸. Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.

Sin embargo, el primer embarazo de un niño *ajeno* que desgraciadamente fue extrauterino sólo se produjo en 1976, después de nueve largos años de investigaciones y experimentos sin cesar.

⁸ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana*. Madrid, Civitas, 1988, p 180.

En lo que se refiere a la maternidad subrogada como tal, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Michigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres. La Agencia sólo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional, utilizando un óvulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre biológico. Debido a los esfuerzos del enérgico abogado, para el año 1988 nacieron 302 niños.

El 10 de noviembre de 1977, cuando el número de intentos fallidos de *fecundación in vitro* ya superó la cifra de 600, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable.

El 25 de julio de 1978 en la ciudad inglesa de Oldham nació Louise Brown, la primera niña concebida *in vitro*. Es el día que puede y debe considerarse como el día de los embriólogos y expertos en reproducción. Se requirieron más de 600 intentos de *fecundación in vitro* para que Louise Brown viniera al mundo.

En 1980 en Melbourne, Australia en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata después de ocho años de intenso trabajo nació el segundo *bebé probeta*, esta vez un niño, mientras que en 1981 se realizó el primer programa exitoso de *fecundación in vitro* en Estados Unidos.

El primer programa coordinado de maternidad subrogada tradicional en Estados Unidos y en el mundo fue realizado en 1980 en Louisville con asistencia de la compañía *Surrogate Parenting Associates, Inc.* constituida un año antes por el doctor Richard M. Levin.

El proceso de pruebas médicas y coordinación de la documentación legal, previo al comienzo del programa, tardó nueve meses pero el embarazo fue conseguido en el primer intento y terminó con el nacimiento de un niño sano.

Desde entonces, *Surrogate Parenting Associates, Inc.* ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños, mientras que el propio doctor Levin ha llegado a ser una persona mediática, al igual que el abogado Keane.

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción (CEFER), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad.

En ese mismo año en Kentucky, Estados Unidos una madre sustituta después de dar a luz un niño, se negó a entregarlo a la pareja que había entregado sus servicios. El caso se resolvió cuando el marido contratante declaró que su mujer no podía tener hijos porque era transexual y se había sometido a una operación de cambio de sexo. El tribunal dio custodia a la madre sustituta y negó todo contacto con la pareja contratante.

Uno de los casos más sonados fue el denominado *Baby M* ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. “El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre que presta el vientre, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías”⁹.

La contraprestación ofrecida era de diez mil dólares, el 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de *Baby M*, pero la madre que presta el vientre, además, dueña del óvulo, se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante

⁹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. MASSIGOGUE BENEGIU, J.M. *La Maternidad Portadora, Subrogada o por Encargo en el Derecho Español*, Madrid, Cívitas, 1994, p 28.

alegaba no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé. El juez de *New Jersey*, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre que prestó su vientre y aportó el óvulo y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

La primera *niña probeta* rusa, Lena, procreada en el laboratorio de B. Leonov, nació en Moscú en febrero de 1986, manifestando el comienzo de la famosa *perestroika*. Pasados pocos meses, en Leningrado nació su hermano Cirilo.

En abril de 1986 en Ann Arbor, Míchigan, Estados Unidos nació la primera bebé fruto de un programa de maternidad subrogada gestacional que consiste en que la madre de alquiler gesta un niño que no tiene ningún vínculo genético con ella. La niña fue concebida *in vitro* a partir del semen y óvulo de sus padres biológicos. La *fecundación in vitro* se llevó a cabo en el centro médico *Mount Sinai* de Cleveland bajo la dirección del doctor Wolf Utian. La madre biológica de 37 años de edad con el útero extirpado recurrió a su amiga de 22 años, madre de dos hijos, para que le gestara a su hijo. El programa se desarrolló bajo la supervisión del referido doctor Noel Keane, y una de sus principales condiciones fue el mantenimiento de la confidencialidad total.

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja contratante. El acuerdo se efectuó gracias a las gestiones realizadas por la agencia *Surrogate Parenting Association* que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta en tanto el Tribunal de menores resolviera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

“En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, hubo un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente”.¹⁰

Para comprender un poco lo que las madres que prestan su vientre sienten al momento de que se les presenta el problema de tener que entregar al bebé dicen que al principio es muy fácil idealizarlo pero cuando se empieza a sentir los primeros movimientos se empiezan a arrepentirse, por lo que, en el estado de Victoria se ha aprobado una ley que veda a los donantes de esperma u óvulos para reclamar el estado de paternidad o maternidad.

“El primer programa de gestación subrogada ocurrido en el seno de la misma familia tuvo lugar en Sudáfrica en octubre de 1987, cuando Pat Anthony, de 48 años, gestó y dio a luz a sus propios nietos para su hija Karen Ferreira-Jorge, de 25 años”¹¹. Karen y su marido Alcimo ya tenían un hijo pero querían tener más. Karen, a la que en 1984 se le extirpó el útero como consecuencia de una fuerte hemorragia posparto, pensaba que ya no podría ser madre de nuevo. Al haberse enterado de la maternidad subrogada, los cónyuges seleccionaron a una madre de alquiler, pero luego tuvieron que desistir de sus servicios por el temor de que se

¹⁰ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. *La Nueva Inseminación Artificial*, Madrid, Cívitas, 1989, p. 80.

¹¹ COSTA-LASCOUX. Jacqueline, *Mujer, Procreación y Bioética, Historia de las Mujeres en Occidente*, Tomo V (El siglo XX), Taurus, Madrid, 1993, p. 279.

quedara con el bebé. Fue entonces, cuando Patricia, madre de Karen, se decidió a prestar su vientre e insistió en que se le hiciera una *fecundación in vitro*. Le fueron implantados cuatro embriones de los once que se habían obtenido, tres de ellos resultaron viables y continuaron su desarrollo. El parto realizado mediante cesárea era filmado por un canal británico que había pagado 500.000 dólares por tener derechos exclusivos sobre este reportaje. A los recién nacidos les pusieron los nombres de David, José y Paula. De acuerdo con la Ley *Child Status Bill* vigente entonces en la República de Sudáfrica, la señora Anthony se consideraba la madre de los trillizos y, por tanto, tuvo que ceder la patria potestad a favor de su hija y yerno, que se vieron obligados a adoptar a sus propios hijos.

La Corte de Casación Francesa en mayo de 1991. Estableció la Convención por la cual una mujer se compromete a un a título gratuito a gestar y traer al mundo un niño y abandonarlo a su nacimiento contraviene tanto el principio de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano como el de la indisponibilidad del estado de las personas. La adopción es la última fase de un convenio nulo que atenta al orden público y que por lo tanto en interés de la ley no puede ser aceptada.

En el caso *Arredondo contra el Departamento de Salud de la Ciudad de Nueva York*, La Corte Suprema del Condado de Queens, en Nueva York, determinó que la madre genética, a la cual le removieran el óvulo para fertilizarlo con la esperma de su esposo, era la madre de los gemelos nacidos por subrogación.

En el caso *Twigg contra Mays*, en agosto de 1993, en Florida Estados Unidos, en la que se utilizó la prueba de perfil genético para determinar la maternidad biológica de la niña Arlene, demostrándose genéticamente que era hija del matrimonio Twigg y no de Roberts Mays (caso de sustitución en la gestación).

Jhonson contra Calvert en California en 1993, el juez de primera instancia resolvió que Mark y Cristina (cónyuges y aportantes del material genético) eran el padre y la madre *genéticos, biológicos y naturales* y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible, por lo que dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas. La Corte entendió que no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes por cuanto a que:

- Considera que el contrato no es contrario al orden público porque no establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto.

- No explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al inducir las a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones.

- No considera a los niños mercancías.

- Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee.

- Estos contratos no afectan el interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres.

La maternidad la establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención, expresa que la intención de las partes fue traer al mundo el niño de Marc y Cristina, esta es la causa eficiente del contrato. Si bien la función de gestar que Anna lleva a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si ella antes de la implantación del cigoto, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la Conclusión de que

Cristina es la madre natural del niño. ya que entendió que no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes por cuanto a los pagos hechos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y el someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño.

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido in vitro producto del óvulo de una donante y del espermatozoides del marido contratante. Cabe acotar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el espermatozoides debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares.

No son pocos los casos en que familiares han actuado como madres subrogadas. En Carolina del Norte, Estados Unidos, una mujer prestó el útero a su hermana que durante seis años siguió un tratamiento contra la infertilidad, y en mayo de 1994 dio a luz un hijo.

A Edith Jones, una británica de 51 años, fueron implantados dos embriones formados con óvulos de su hija que no podía gestar debido a una malformación congénita.

El primer programa de maternidad subrogada, en el territorio de la extinta Unión Soviética se llevó a cabo en Járkov en 1995. Al igual que lo hizo Pat Anthony en Sudáfrica, una ucraniana se ofreció para gestar los óvulos previamente fertilizados de su hija nacida con una malformación del útero y, al haber dado a luz, llegó a ser madre y abuela a la vez.

En Rusia el primer programa de gestación sustituta fue realizado en el mismo 1995 en el Centro de *Fecundación In Vitro* adjunto al Instituto de Obstetricia y Ginecología de San Petersburgo de la Academia de Ciencias Médicas. Una de las primeras pacientes del centro fue una mujer joven, cuyo hijo nacido mediante cesárea murió un día después del parto, mientras que a la mujer le tuvieron que extirpar el útero. El nacimiento de un nuevo hijo se convirtió en el objetivo de su vida.

La joven tenía algunos conocimientos de los éxitos conseguidos en el extranjero gracias a la maternidad subrogada, pero en Rusia no había ningún médico especializado en estas técnicas, ni era posible encontrar a una madre de alquiler. Por un milagro, logró persuadir a su amiga de 24 años, aún soltera, para que gestara un niño por ella. El embarazo fue conseguido en el primer intento y, para mayor felicidad de la madre, una ecografía reveló la presencia de dos fetos. El embarazo fue tan duro que la portadora estuvo hospitalizada cinco veces para llevar a buen término la gestación. Como es frecuente, el embarazo múltiple terminó con un parto prematuro. Las mellizas nacieron un mes y medio antes de lo previsto, pesaban algo más de dos kilos cada una y eran absolutamente viables. Como compensación económica, a la ex gestante le fue regalado un piso de tres habitaciones en San Petersburgo.

El caso de Julie Garber, una joven estadounidense que en 1995 y, a raíz de la detección de un cáncer, decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con esperma de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron; pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de alguna mujer; la elegida por los padres de la causante fue la Sra. Velloff.

La polémica judicial instaló su epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes la Corte de Apelación del estado de California había declarado que los embriones, así como el espermatozoides y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria.

Con referencia a esta situación, la Psicología moderna se cuestiona los efectos que podría producir en un niño el saberse hijo de una madre muerta antes de engendrarlo.

Tan sólo en los 30 años pasados desde el nacimiento de Louise Brown en el mundo han nacido más de dos millones de niños probeta.

Un ciudadano argentino se trasladó a Estados Unidos, ya radicada la familia en Boston, en 1985 conoce a la persona con la que contraerá matrimonio en Canadá, país que admite el casamiento entre personas del mismo sexo. Al tiempo, de común acuerdo, deciden tener un hijo y a ese efecto Martín Farach, argentino, Doctor en medicina y en computación, y Andrew Colton, americano, crítico de arte y periodista, recurren a una amiga común que les dona los óvulos. Al tratarse de una mujer a la que no le interesa tener hijos, se aseguran que no iniciará reclamos de derecho. Asimismo, buscan por agencia una portadora, con quien celebran un contrato de alquiler de vientre. La portadora fue una laboratorista de la Universidad de Harvard, de treinta y seis años con dos hijos que tenía ganas de vivir un embarazo pero no de volver a criar.

Así en el año 2000 nacen en Boston gemelos. La pareja se mantuvo en contacto permanente con la portadora durante el período del embarazo, asistieron a las consultas médicas y participaron activamente en todo lo concerniente a la preparación del nacimiento. Asimismo, al ser uno de ellos profesional de la medicina, intervino en el parto e hizo nacer al primer bebé. Los niños fueron

anotados como hijos de ambos, colocando en los casilleros “padre 1” y “padre 2”, en lugar de madre. Todo conforme a la ley en EEUU, que prevé el mismo comportamiento para la inscripción en el colegio y para realizar todo trámite donde se solicita la calidad de padre y madre.

Años más tarde la familia Farach – Colton radicada en Nueva York, decide mudarse a Argentina a raíz de una propuesta laboral conveniente y atendiendo a que parientes directos del profesional argentino están radicados en Buenos Aires, se entusiasman con la posibilidad de dinamizar los vínculos para que sean más fluidos entre los miembros del núcleo familiar.

“A efectos de inscribir a los menores en la escuela - ya habían cumplido 5 años de edad - concurren a un establecimiento privado bilingüe que les exige la presentación de los documentos de identidad debidamente legalizados. Las autoridades del Registro Civil, les deniegan el reconocimiento de dichos documentos por entender que tanto la libreta de matrimonio como la partida de nacimiento, documentos con los que acreditan la identidad y los vínculos familiares, son contrarios al orden público internacional.”¹²

La Juez del Tribunal Civil de Roma, Chiara Schettini, el 17 de febrero de 2000, permite la maternidad subrogada, da luz verde al profesor Bilotta para que implante los embriones congelados en la segunda mujer. Ante la falta de normativas, la juez autorizó la intervención para que esta se llevara a cabo por amor y no por dinero y porque los embriones ya llevaban cuatro años congelados.

El 4 de abril de 2000 surge un caso Ex Parte en la Corte Superior de Nueva Jersey, División Chancery del Condado de Bergen. Caso A.H.W. y P:W. contra G.H.B. y John J. Farmer, La Corte Suprema determinó que los padres biológicos

¹²<http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/conferencias/Familia%20para%20Costa%20Rica%5B1%5D.pdf>. Fecha de consulta 21 de abril de 2012.

de un no-nacido cargado en el vientre de una subrogada, no eran acreedores de poner sus nombres en el Certificado de Nacimiento inmediatamente después que el niño naciera. Algo muy interesante en este caso es que no se usa el nombre de la madre subrogada, la Corte siempre se refiere a subrogada, la mujer es subrogada y no madre subrogada. En el presente caso a diferencia de *Baby M*, la madre subrogada compareció en la petición junto a los padres biológicos o genéticos, a solicitar los derechos de estos.

Una de las recientes historias más curiosas aconteció en Lexington, Kentucky, Estados Unidos donde una pareja gay está criando a cinco hijos. En julio de 2002 la familia del abogado Michael Meehan, de 36 años, y el estilista Thomas Dysar, de 31 años, aumentó en cuatro bebés, tres niños y una niña. Michael fue el padre biológico de los cuatrillizos que nacieron nueve semanas antes de la fecha prevista. Fueron gestados por Verity Brooks, madre de alquiler de 23 años que fue a la vez la donante de ovocitos. Ambos padres estuvieron presentes en el parto. En enero de 2006 la misma mujer alumbró un hijo más. Esta vez fue Thomas el que recibió felicitaciones. En ambas ocasiones a Verity implantaron 4 embriones, pero en la última vez sólo sobrevivió uno. Los padres que tenían previsto emparentarse a través de los hijos insistieron en que los niños tuvieran la misma madre biológica. Después de cada parto la madre tuvo que renunciar a sus derechos sobre los menores en un plazo de tres días, de acuerdo con la ley de Kentucky. Dado que los padres biológicos no negaban su paternidad, no tuvieron que adoptar a los hijos. El único problema era que dos padres no pueden ser inscritos simultáneamente en el certificado de nacimiento.

El caso J.R.M.R. y W.K.J. contra el estado de Utah, Estados Unidos, el 5 de abril de 2002 la corte determinó, que el Estatuto de Utah de paternidad subrogada, el cual concedía automáticamente a la cargadora gestacional subrogada el status de madre legal, era inconstitucional aplicado a los padres genéticos-biológicos y los contratos y adopciones.

La Corte de Apelaciones de París, Francia, casó un fallo de la Corte de Apelaciones de Potier donde el cónyuge de una mujer que sufría una esterilidad absoluta donó su esperma a otra mujer, quien trae al mundo a un niño, que es inscripto a su nombre y es reconocido como hijo natural del padre genético. La madre gestante cuando nace el niño autoriza la adopción de este por la cónyuge del reconociente, pero en ese momento los cónyuges se separan y la mujer del padre genético se va del hogar con la criatura e inicia el juicio de adopción de la niña. La Corte de Potier hace lugar a la adopción simple teniendo en cuenta el desinterés de la madre genética y que la criatura había convivido con quien pretendía la adopción. No obstante lo cual la Corte de Casación anula la sentencia por iguales motivos que los dados en el fallo plenario, con lo cual la niña se queda sin madre ya que la genética la había abandonado y a la madre social se le niega la posibilidad de adoptar, restándole solo la posibilidad de darse en adopción al momento de la mayoría de edad.

En la India se constata un proceso de subrogación transnacional en crecimiento. La clínica *Akanksha* en Anand, produjo su primer alumbramiento subrogado en el año 2004. Apoyados por una cobertura en los medios, hoy en día este centro ha alcanzado el mayor número de embarazos subrogados. Sin embargo, existen ciertos marcos regulatorios.

Para evitar los factores emocionales luego del alumbramiento, en caso de necesitar óvulos donados, los mismos no podrán ser los de la madre gestante; asimismo, se evita el contacto entre los futuros padres y las madres subrogadas. Buscan que las mujeres vivan en hospedajes cerca de la clínica y dejen de trabajar proveyéndoles cuidado a sus familiares. Ellas reciben una suma de dinero USD 6.000, que equivale a nueve años del ingreso que regularmente podrían tener ellas o su marido. La clínica cobra por todo el proceso 20.000 mientras que en Norteamérica el costo se eleva a 100.000 dólares

En los países de América Latina, donde importantes sectores de la población tienen sus necesidades básicas insatisfechas por el aumento de la pobreza, la relación contractual, entre la madre portadora y la pareja que alquila puede llevar a situaciones de explotación y/o coerción imposibilitando la autonomía de la mujer. A la vez que se transforma en un comercio con amplias ganancias de lucro para clínicas e intermediarios.

Una madre de alquiler rompe el trato (realizado en el 2004) y un año después vende el bebé a otra pareja. Contactó por Internet con un matrimonio que le pagó 5.000 euros más que los padres biológicos.

En 2005 en Sudáfrica la cuñada de la cardiocirujana Susan Vosloo le dio a luz a las mellizas Nina y Laila.

La estadounidense Teresa Anderson, de 25 años, se ofreció a gestar un hijo para Enrique Moreno y Luisa González, una pareja de inmigrantes mexicanos que iban a pagarle 15.000 dólares. Teresa recibió cinco óvulos fecundados y los cinco se desarrollaron. Así, a finales de abril de 2005 en Phoenix, Arizona, Estados Unidos nacieron Enrique, Javier, Víctor, Jorge y Gilbert. Los quintillizos se encontraban en buen estado de salud, salvo uno que tenía problemas del corazón. Conmovida por lo que se le venía encima a la humilde pareja, Teresa se solidarizó con ellos y decidió no cobrarles.

El 14 de diciembre de 2005, en el Instituto de Infancia y Maternidad de los Urales una mujer llamada Tatiana dio a luz, trillizos para su hermana Marina, a la que se le habían practicado dos transferencias embrionarias y ambas sin éxito. Entonces Tatiana, de 35 años y ya madre de dos hijos, se ofreció para ayudar a su hermana. Al nacer, dos niñas y un niño enseguida comenzaron a respirar por sí mismos, aunque el parto se produjo dos meses antes de lo esperado. Dentro de

pocos días Marina dijo a su hermana que no podría alimentar tantas bocas y le propuso recoger a los dos hijos que *sobran*. Como las hermanas pensaban que siempre se pondrían de acuerdo, sus relaciones no fueron formalizadas por escrito.

En noviembre de 2005 se finalizó un programa de maternidad subrogada que no tiene semejantes en Rusia y en el que fue empleado el semen de un padre biológico difunto. En 1996 Andrey Zajarov, de 19 años, tuvo que someterse a un tratamiento de quimioterapia en Israel. Como se recomienda, antes del tratamiento el joven dejó muestras de su esperma para que fueran crioconservadas. La terapia era poco eficiente y dentro de ocho años Andrey murió sin dejar descendencia. Para su madre, Ecaterina Germanovna, el nacimiento de un nieto se convirtió en el objetivo de la vida.

El personal del Instituto de Medicina Familiar de Ekaterimburgo, ayudó a Ecaterina hacer realidad su sueño. El semen congelado de Andrey fue trasladado a Ekaterimburgo pese a los problemas con exportarlo, según las leyes israelíes, sólo la viuda puede disponer del semen de su difunto marido, y más aún si este hubiera dejado la disposición correspondiente. No obstante, las autoridades de Israel accedieron a las súplicas de la mujer y le dieron luz verde para sacar del país todas las 25 probetas con el esperma de su hijo.

Una vez que las muestras llegaron a Rusia, comenzó el programa de gestación subrogada con óvulos donados. El 16 de noviembre, en el Día de San Jorge, nació el nieto de Ecaterina que medía 52 cm y pesaba 3.600 gramos. En honor del santo la abuela le dio el nombre de Georgi. La madre de alquiler recibió por sus méritos un apartamento en Ekaterimburgo. Ahora Ecaterina tiene la custodia de su nieto y está tramitando su adopción. Todavía no ha logrado que le reconozcan como su nieto, porque en juzgados y registros consideran que el único

pariente del menor es la que le ha dado a luz. En este caso, es absolutamente ilegítima la denegación para inscribir a la abuela en el Registro.

En el caso a que se está haciendo mención, se debía cumplir el procedimiento siguiente: determinar la paternidad, para lo cual, de acuerdo con el artículo 49 del código de familia de Rusia, es suficiente que la persona que ostenta la custodia presente una solicitud y aporte pruebas que acrediten la filiación del niño. Una vez establecida la paternidad, Ecaterina será reconocida automáticamente como la abuela del menor.

En febrero de 2006 en Moscú se dio un caso singular ocurrido en la familia de los Nirov. Tras varios intentos fallidos de *fecundación in vitro*, Svetlana afrontaba su última oportunidad y, sin confiar en un resultado favorable, contrató a una madre de alquiler. A cada mujer se le implantaron dos embriones. ¡Ambas mujeres quedaron embarazadas y ambas tenían gemelos! Tanto Svetlana, la madre biológica, como Nadezhda, la madre de alquiler, dieron a luz varones que tenían la misma altura de 52 cm, sólo los de Nadezhda tenían un mayor peso.

En Colombia la práctica del *alquiler de vientres* o *maternidad subrogada* se ha convertido en un negocio por medio del cual muchas mujeres se valen para mejorar su situación económica, esto ha llevado a convertir esta actividad en un mercado negro que cada día va en aumento.

Desde 1976 sólo en Estados Unidos han nacido más de 40.000 niños probeta que en su mayoría fueron engendrados mediante programas de maternidad subrogada tradicional.

Hasta ahora se conocen 15 casos de madres de alquiler que se han negado a entregar el niño a sus padres biológicos. “El caso más sonado, el de Baby M, tuvo lugar en Nueva Jersey en 1988, cuando la madre de alquiler *tradicional* Mary

Beth Whitehead optó por quedarse con el bebé que venía gestando para la pareja de William y Elizabeth Stern¹³. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey reconoció a Mary Beth como madre genética de la menor, pero otorgó la custodia de Baby M a los Stern, concediendo a Mary Beth, el derecho de visitarla de vez en cuando.

Sólo en cuatro casos las madres subrogadas han logrado ganar la batalla judicial y obtener la custodia de su hijo. También se ha dado un caso en que los progenitores han querido hacerse con sólo uno de los mellizos gestados por una madre de alquiler. Sin embargo, a solicitud de la portadora se le otorgó la patria potestad de ambos hijos, para no separarlos.

Cabe destacar que frente a estos cinco hay más de cincuenta casos contrarios, en que los padres biológicos han renunciado a sus propios hijos nacidos mediante maternidad subrogada. Las principales razones de las renunciaciones son el embarazo conseguido por la pareja misma, el nacimiento de mellizos o trillizos en vez de un solo hijo, el sexo incorrecto del niño, defectos físicos o, simplemente, la falta de madurez. Sin embargo, algunos tristes casos no perjudican las altas estadísticas, ya que representa sólo un 0,125% del total de programas de gestación subrogada realizados con éxito.

Ahora en Rusia funcionan varias decenas de clínicas, laboratorios y centros de reproducción especializados en *fecundación in vitro*. Aunque no hay estadísticas precisas, se puede decir que durante los últimos 10 años que se lleva empleando esta técnica han nacido miles de niños.

Tampoco hay datos sobre los procesos judiciales relacionados con la maternidad subrogada en Rusia. Se conocen tan sólo tres acciones procesales.

¹³ Op. Cit. Nota 10.

En 2004 una pareja de Chitá contrató a una madre de alquiler que fue sometida a una inseminación artificial con el semen del marido. Nacido un niño, la mujer no se los entregó a los cónyuges que nunca presentaron una demanda contra ella. La madre subrogada reclamó una pensión alimenticia y la consiguió mediante un fallo dictado por el Juzgado de Chitá.

Este es un caso clásico de una pareja que confía demasiado en sus propias fuerzas y cae en toda clase de errores: en vez de la inseminación artificial había que hacer una *fecundación in vitro* utilizando óvulos donados para que la madre de alquiler no tuviera un vínculo biológico con el niño que iba a gestar. Y, por cierto, todos los compromisos e intenciones se debían formalizar por escrito.

Un proceso curioso tuvo lugar el 29 de noviembre de 2004 en el marco del programa televisivo *La Hora del Juicio*. El tema del programa fue que Ana Dunaeva dio a luz un hijo con una afección cardíaca para el matrimonio de los Rybakov. Se desconoce si Dunaeva fue una madre subrogada gestacional o tradicional. Los esposos renunciaron al hijo alegando que no les hacía falta un niño enfermo. Además, se negaron a abonar la compensación económica previamente pactada a la madre de alquiler. Ana interpuso una demanda contra los Rybakov para que le pagaran el importe total de la recompensa. Por sorpresa, el juzgado desestimó la demanda partiendo de las recomendaciones del Consejo de Europa de utilizar como madres subrogadas a hermanas, parientes cercanas o amigas de la mujer infértil y sólo indemnizarles los gastos objetivamente razonables.

A finales de 2005 en un tribunal de Moscú se celebró un juicio donde una madre de alquiler prestó su vientre a una pareja de nacionalidad rusa. Estando en la maternidad, la mujer dio su consentimiento para que los cónyuges fueran inscritos como padres en el Libro de Nacimientos. No obstante, luego decidió impugnar la filiación del hijo argumentando que sólo había dado su consentimiento

porque *pensaba que iba a vivir con el padre del niño*. Cabe decir que dicha convivencia no entraba en los planes del padre. Por extraño que parezca el artículo. 52.3 del código de familia dice que la madre subrogada no puede impugnar la filiación, una vez que se haya inscrito en el Libro de Nacimientos, el juzgado hizo caso del recurso e incluso celebró varias audiencias sobre el asunto. Al fin y al cabo, este proceso quedó archivado.

Habitualmente los padres biológicos no hacen gala de que su hijo ha sido alumbrado por una madre de alquiler, pero hay salvedades. Una excepción fue Michael Jackson que anunció a todo el mundo que había recurrido a la maternidad subrogada para tener a su tercer hijo, Prince Michael II.

La cantante rusa Alena Ápina y su esposo Alexander Iratov se han hecho los *padres biológicos* más famosos de su país. Desesperados por no tener descendencia, tuvieron que recurrir a una madre subrogada. Su hija Oxana fue gestada por una mujer con educación universitaria y vino al mundo a cambio de una alta remuneración. Después de que naciera el bebé, los padres y la madre de alquiler no volvieron a verse nunca más.

Olga Slutsker, presidenta de la cadena de fitness *World Class*, recurrió a una norteamericana que se hizo madre subrogada de su hijo Misha. Las mujeres siguen manteniendo la amistad entre sus familias.

Sólo se puede aplaudir a aquellas personas mediáticas que hablan abiertamente de sus experiencias positivas con la maternidad subrogada. Así las cosas, nadie se atreverá a someterles a un chantaje económico amenazando con revelar el secreto del nacimiento de sus hijos, puesto que no hay ningún secreto.

Cada vez con mayor frecuencia en los medios de comunicación aparecen noticias sobre nuevos *niños probeta*.

La británica Carole Horlock, de 41 años, mantiene el récord mundial como la madre de alquiler más prolífica. Su carrera profesional se inició hace trece años, en 1995. Durante este tiempo Carole ha hecho felices a nueve parejas, dando a luz un total de 12 hijos, ocho niñas y cuatro niños. Su última gestación fue encargada por una pareja griega que no pudo concebir debido a una histerectomía practicada a la esposa hace dos años. La mujer perdió para siempre la capacidad de embarazarse, aunque sí podía producir óvulos.

En 2007 fueron transferidos a Carole los tres embriones generados por los cónyuges. Sobrevivieron los tres, por lo que a la semana 35 de gestación la británica dio a luz, trillizos. Este fue el único caso cuando Carole gestaba hijos que genéticamente no eran suyos. Todos los bebés anteriores fueron concebidos mediante inseminación artificial, es decir, su nacimiento se debe a programas de maternidad subrogada tradicional en los que la madre de alquiler se desprende en verdad de su propio hijo.

Entre los embarazos Carole se tomó un descanso no superior a seis meses. Al comenzar el oficio ya tenía dos hijos propios. Como la legislación británica prohíbe la gestación subrogada con ánimo de lucro, la madre de alquiler, sólo puede recibir el equivalente a los gastos que conlleva el embarazo hasta un máximo de 10.000 libras, las tarifas de Carole son de 3.000 libras, según dice. Cuando la preguntan por qué lo hace, la madre responde que simplemente le gusta estar embarazada.

Rusia es uno de los pocos países, donde el alquiler de vientres está permitido legalmente. En lo que atañe a otros estados, se les puede dividir en varios grupos:

- Países donde está permitida la subrogación gestacional, incluso la mercantil: Estados Unidos, República Sudafricana, Ucrania.
- Países donde sólo está permitida la subrogación gestacional no mercantil: Australia, Gran Bretaña, Dinamarca, Israel, España, Canadá, Países Bajos, algunos estados norteamericanos (New Hampshire, Virginia).
- Países donde la subrogación gestacional queda prohibida: Austria, Alemania, Noruega, Suecia, algunos estados norteamericanos (Arizona, Míchigan, Nueva Jersey), Francia.
- No viene regulada por la ley pero se realiza: Bélgica, Grecia, Irlanda, Finlandia.

CAPÍTULO III

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

3.1. LA MATERNIDAD.

Como consecuencia de los adelantos que han surgido alrededor de la tecnología, algunas figuras jurídicas han sufrido grandes cambios, como es el caso de la maternidad.

El término maternidad ha tenido a lo largo de la historia muchos significados de acuerdo a la representación, e importancia que ha tenido para la humanidad. Aparece como un conjunto de creencias y significados en permanente evolución, influidos por factores culturales y sociales, que han ido apoyándose en ideas en torno a la mujer, a la procreación y a la crianza, como vertientes que se encuentran y entrecruzan en la interpretación. Siendo la maternidad un concepto que se intercambia en el espacio social, su interpretación y repercusión en la experiencia individual, es muy significativa, viéndose por largo tiempo tal vez, como la investidura más poderosa para la autodefinition y autoevaluación de cada mujer.

Según la psicóloga Silvia Turbert, “la maternidad es un conjunto de fenómenos de una gran complejidad, que no podría ser abarcado por una única disciplina: la reproducción de los cuerpos es un hecho biológico que se localiza, efectivamente, en el cuerpo de la mujer pero, en tanto que se trata de la generación de un nuevo ser humano, no es puramente biológico, sino que integra otras dimensiones”.¹⁴

Su definición, de forma general, se basa en un conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores, atención y ayuda al nacido. Esto quiere decir que la mujer se hace madre sabiendo que estas acciones marcarán su vida, embarazo, parto, crianza y desarrollo.

La noción de maternidad muestra una evolución histórica, particularmente en relación con la imagen de mujer y las nociones de crianza, Christine Everingham, reconoce que: “el instinto maternal existe, pero que la función maternal es esencialmente social, que sitúa a la madre en una cultura materna que respalda e influye sobre sus propios juicios”¹⁵.

Con este avance, tanto tecnológico como científico, la maternidad ha adquirido una nueva especie: la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, con el fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas.

¹⁴ TURBERT, Silvia, *Figura de la Madre, Cátedra Feminismo*, Madrid, Cívitas, 1996, p.186.

¹⁵ EVERINGHAM, Christine, *Maternidad: Autonomía y Dependencia Un Estudio desde la Psicología*, Narcea, Madrid, 1997, p.73.

La maternidad es una palabra que proviene de materno y significa "Estado o cualidad de madre."¹⁶ Con ello se hace referencia a la relación que existe entre la madre y los hijos, pues por madre se entiende "la mujer [que] es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos etc..."¹⁷

De esta manera, una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta. Por lo tanto, se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. Una que es la que lo da a luz y otra que ve por él toda la vida.

"La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina."¹⁸

a. *Etimológico.*

La palabra madre proviene del latín "mater/matris", la cual también deriva del griego "matér/matrós", que significa madre. En principio, la idea de la maternidad no se asociaba a esta palabra, porque el título de mater fue otorgado a Minerva, Diana y Vesta, que eran diosas vírgenes. Fue por esta razón que se les conocía a las mujeres que vivían honestamente y según las buenas costumbres se les llamaba con el término de madre, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta.

¹⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 1992, p. 1337.

¹⁷ CASANOVA, Martha P., et al, *Ser Mujer. La Formación de la Identidad Femenina*, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1989, p. 25.

¹⁸ LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La Prueba Científica de la Filiación*, Porrúa, México, 2005, p. 276.

“Con posterioridad, en Roma se denominó con el término *materfamilias* a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar donde carecía de autoridad y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos de la vida civil un tutor.”¹⁹

Por eso, sólo figuraría como un miembro de su esposo. La ley de Manú ya lo decía, "La mujer, durante su infancia, depende de su padre; durante su juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los parientes próximos; de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su guisa".²⁰

Las leyes griegas y romanas determinaban lo mismo, al señalar: "Soltera, está sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados; casada, está bajo la tutela del marido; muerto éste, ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados de su marido, es decir, de sus propios hijos, si los tiene o a falta de hijos, de los parientes más próximos. Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido."²¹

Así, el poder del hombre sobre la mujer siempre se derivaba de las creencias religiosas que colocaban al hombre en un nivel superior a la mujer, tanto fuera como dentro de su familia de origen o mediante el matrimonio.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ídem.

²¹ Ídem.

b. Gramatical.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa: "Estado o cualidad de madre", mientras que el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: "Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa".²²

Por lo que, al referirnos a la palabra madre debemos entender a la mujer, ya sea casada o soltera que tiene una relación estrecha y cercana con sus hijos, independientemente de si los ha parido o no.

c. Biológico.

La maternidad antecede a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, debido a que la paternidad se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación, mientras que la paternidad se funda en una cuestión de fidelidad y creencia en la palabra de la mujer.

El carácter dogmático de la maternidad no se refiere únicamente a su certeza, sino también en la relación espiritual, psicológica, emocional y biológica entre la madre y el hijo que se genera durante el periodo de embarazo y la lactancia.

“La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La

²² Op. Cit. Nota 16, pp. 958 y 995.

relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural”.²³

d. Jurídico.

“Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.”²⁴

La idea de maternidad esta cargada de diversos matices, que en nuestra sociedad, muchas veces no lo expresa como corresponden y a su vez tiende a manipular el concepto partiendo de conveniencias.

La maternidad esta integrada por muchos aspectos como el psicológico, el moral, social, afectivo, médico biológico y concordamos con el criterio, de que no se pueden delimitar estos aspectos, pues estaríamos limitando algo que sin duda tiene un amplio espectro.

De manera general podemos conceptualizar la maternidad como todo el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al nacido. Es decir, en todos los aspectos que conlleva la maternidad, desde el

²³ Ibidem p.278.

²⁴ Ibidem pp. 59 y 60.

momento de la concepción, durante el embarazo, parto, crianza y desarrollo del niño, con el que también formará una relación materno – filial.

3.1.1. La maternidad en el marco tradicional de la filiación.

La filiación es la que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes (filiación en sentido genérico) y más restringidamente, la que vincula los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto).

Según el ordenamiento jurídico tradicional, que aún constituye la base de nuestro código civil, la filiación se basa en un dato de hecho: el vínculo biológico.

“Es así que se ha concebido a la filiación como aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero”²⁵.

De ahí que la filiación esté “determinada por la paternidad y la maternidad a manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación”²⁶.

En cuanto a la maternidad, el axioma tomado por Paulo del Digesto *Mater Semper certa est etiam si vulgo concepterit*, reafirma ese vínculo biológico entre la madre y el recién nacido al decir que la madre es siempre cierta y que por lo tanto la maternidad era siempre indubitable, y que su prueba era sencilla.

La maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de gestación. El vínculo biológico que

²⁵ MENDEZ COSTA, María Josefa, *La Filiación*. Rubizal–Culzoni Editores, Buenos Aires, 1986, p. 13.

²⁶ VILA-CORO BORRACHINA, María Dolores; *Introducción a la Biojurídica*, Universidad Complutense de Madrid, España, 1995, p. 154.

determina la maternidad resulta del parto. Los romanos decían que el parto sigue al vientre (*partus sequitur ventrem*). La voz vientre, toma el significado de madre. Se dice que el parto sigue el vientre para significar que el hijo sigue la condición de la madre. Y por eso decían que la maternidad es siempre cierta.

3.1.2. Significación actual del principio *mater semper certa est*.

Hasta hace unos años el principio *mater semper certa est* parecía ser inmutable, la madre era determinada por el parto y el alumbramiento, y no había otra prueba para determinar la maternidad.

Con los avances de la tecnología y su repercusión en la sociedad cabe preguntarse si es que se le puede atribuir la maternidad a una mujer por el sólo hecho de gestar y dar a luz un niño.

Hoy en día, sí es biotecnológicamente posible, que lleve el proceso de embarazo una mujer de un niño que genéticamente es de otra. Lo que se conoce como maternidad subrogada por sustitución en la gestación o maternidad subrogada gestacional.

Esto da certeza cuando una pareja acuerda con una tercera persona, para que esta última conlleve el embarazo y les entregue al niño cuando nazca, la calidad jurídica de madre para el derecho en virtud de la aplicación del principio *semper certa est*, madre sería la tercera mujer que llevó a cabo el proceso de gestación. Pero si se hiciera alguna prueba genética a ella y al menor, estos no tendrían ningún vínculo genético.

Ante ello han surgido diversos problemas, los cuales versan específicamente sobre la incertidumbre de a quién se le puede imputar la maternidad, ese vínculo jurídico llamado filiación con el niño; a la madre que lleva

el proceso de gestación o aquella que contribuye con su óvulo para la fecundación y con esa aspiración de ser madre ante la imperiosa incapacidad de no poder gestar.

En tiempos modernos no se pueden dejar de lado los adelantos de la ciencia, y el derecho tiene que ofrecer una contestación ante las discrepancias que se presenten.

La filiación es un concepto que ya no sólo contiene el elemento biológico como antes, hoy existe la llamada maternidad voluntaria, esa aspiración aguda de una mujer para tener un hijo y poder criarlo con la misma dedicación como si este fuera nacido natural o artificialmente.

También la doctrina, respecto a la determinación de la maternidad ha planteado interrogantes. La madre subrogada sólo estaría gestando y pariendo al niño que biológicamente sería de otra pareja. Pero no sabemos si puede reducirse el aspecto biológico al simple aporte de gametos o si la gestación dentro de un cuerpo genera vínculos particulares que van mas allá de lo biológico y ante la participación de varias mujeres surgen la mayor interrogante de todas, que sería preguntarnos cuál de las mujeres es la madre, ya que puede presentarse la hipótesis de que una mujer sea la que quiere ser madre y no puede, pide la donación de sus óvulos a otra y a una tercera se le implanta el embrión ya fecundado, podría ser aquí donde se presenten muchos cuestionamientos, que sin lugar a dudas, el derecho debe intentar no sólo resolver, sino también darle regulación a esta técnica para la reproducción.

Tomando en cuenta la historia de los primeros esfuerzos por legislar los nuevos avances científicos en el ámbito de la biomedicina y de la biotecnología, nos remontamos a la creación el 2 de diciembre de 1984, de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación In Vitro y de la inseminación artificial humana en

España, dando origen al Informe Palacios, antecedente de la ley por la que se regulan las Técnicas de Reproducción Asistida Humana, que sancionaba entre otras, como infracción administrativa muy grave, el crear seres idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza; y la de la ley del 28 de diciembre de ese mismo año, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos “el Informe de la Comisión de Expertos, atento a los conflictos de maternidad suscitados por la donación de óvulos , opta por no confiar un nuevo medio de determinación por que la actual identificación de la madre con la mujer que da a luz es bastante para que la receptora de una donación pueda considerarse como la madre legal. La filiación del hijo respecto a ella podrá establecerse sencillamente a través de la inscripción en el registro del nacimiento si se comprueba que la identidad coincide con los informes del parto”²⁷.

Han primado otras connotaciones complementarias, como el papel de la voluntad de tener un hijo, el sacrificio de la gestación y el aspecto que esta imprime a la relación mujer – feto, y la circunstancia de que el marido o compañero de la gestante haya aportado su material genético para esa germinación con su pareja.

La maternidad será acreditada por actos que muestren con evidencia la voluntad de los padres o de la familia, la constancia y la perseverancia en el ánimo o actitudes de aquellos, en la permanencia y la publicidad de tales actitudes. Es decir, que en las parejas estables la posesión de estado se deriva de un conjunto de actitudes notorias y reiteradas. En el mismo sentido se inspira la ley sueca al tratar la fecundación asistida. Se manejan en el informe diferentes términos para

²⁷ Informe Español de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y de la Inseminación Artificial Humanas, citado en MORO ALMARAZ, María de Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988; p.41.

referirse a los tipos de maternidad que han originado las nuevas técnicas. Se distingue según los casos:

“Maternidad biológica, plena si aporta óvulo y organismo, no plena si sólo se aporta uno de esos elementos; maternidad educacional o afectiva que puede coincidir o no con una de las biológicas; maternidad del deseo, que ni siquiera tiene que ir unida a la biológica; y maternidad legal, la aceptada por las leyes como tal.”²⁸

En cuanto a estas maternidades nos podemos preguntar si el hijo tiene el mismo rango en todas o incluso cual es la mas humanizada, la mas profunda, importante e influyente en la referencia materno – filial y la respuesta de la comisión a sus propios interrogantes ha sido la maternidad de gestación.

3.1.3. Disociación de maternidades.

La maternidad subrogada ha desencadenado la llegada a la vida en varias etapas, logrando que diferentes personas participen, es decir, que gracias a la sustitución en la gestación ahora se habla de las disociaciones de la maternidad.

La doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

- *Maternidad plena*: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican a la maternidad. En este presupuesto no hay inconveniente en la determinación de materna, pues se trata de la misma mujer la que realiza tanto el aporte del óvulo, así como la gestación del embrión. Este tipo de madre tendrá

²⁸ *Ibidem* pp. 38 – 40.

garantizada su situación jurídica respecto del niño, en virtud del principio *mater semper certa est* y la prueba biológica.

- *Maternidad Genética*: comprende aquella mujer que aporta el material genético, que tiene lazos de identidad y correspondencia genética por el hecho de brindar el óvulo, y así proporcionar el 50% de la información genética del concebido.

- *Maternidad Gestativa*: comprende aquella mujer que porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación, generando en ella sentimientos (emociones y afectos) hacia el ser que crece, se desarrolla en su vientre, y que luego nacerá.

- *Maternidad Legal*: comprende aquella mujer que asume frente al hijo los derechos y las obligaciones inherentes a la maternidad sin que exista entre ellos vínculos biológicos. Básicamente este tipo de maternidad está determinada por la figura de la adopción.

3.2. EL PARENTESCO.

El derecho de familia son las normas jurídicas que rigen las relaciones entre los miembros de un grupo familiar. Todos los ciudadanos pertenecemos a un grupo familiar creando así ese vínculo tan importante que se establece entre personas descendientes unas de otras o de un progenitor común; correspondiente a una realidad puramente biológica llamado parentesco.

El nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco. Los sujetos de esa relación son entre sí, parientes. El

grupo de parientes y los cónyuges constituyen la familia. Así pues el parentesco, al mismo tiempo que vincula a los miembros de la familia, limita el círculo del grupo familiar. Los derechos y deberes que se originan entre parientes en razón de pertenecer a un determinado grupo familiar, parten de un supuesto previo: la existencia del parentesco.

En otras palabras, el parentesco, no es sino la adscripción de una persona a determinada familia. Es el parentesco, una manifestación primaria de la solidaridad social. Haya su razón de ser original, en los lazos de afecto que derivan de la comunidad de sangre, del matrimonio y de la adopción. El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

El parentesco es la relación que existe entre los miembros de una misma familia. Según el concepto que se tenga de familia y la amplitud que se otorgue a esta, serán los diversos grados de parentesco. El parentesco completo sólo se da en la familia legítima. Desde este punto de vista, el matrimonio es el centro de la familia y origen de todos los otros parentescos.

El matrimonio origina en principio una *relación conyugal* entre los contrayentes, una *relación de parentesco* entre los descendientes y una *relación de afinidad* entre los consanguíneos de un cónyuge con el otro.

En el parentesco, la situación estable que se crea entre los diversos sujetos relacionados permite la aplicabilidad constante de todo el estatuto familiar relativo a esta materia, para que no solo se produzcan consecuencias momentáneas o aisladas, sino para que se mantengan las mismas en forma más o menos indefinida.

El vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí, bien por proceder unas de otras, bien por creación de la ley se llama parentesco. En el primer caso, el parentesco se llama natural; en el segundo, legal.

En el derecho civil mexicano, existen los tres tipos de parentesco tradicionales: de consanguinidad, de afinidad y civil.

- El *parentesco de consanguinidad*.- Es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor. Este parentesco de consanguinidad puede medirse en línea recta ascendente o descendente que es el caso de los hijos, nietos, padres y abuelos y en línea colateral que son los hermanos, tíos, primos, etc. La forma de medir los grados de parentesco en el derecho civil mexicano es la tradicional donde cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco. Según esto, los parientes consanguíneos en línea recta ascendente serán, en primer grado el padre, en segundo grado el abuelo y en línea colateral serán, en segundo grado el hermano, en tercer grado el tío y sobrino y en cuarto grado el primo.

La manera en que se establece la prueba del parentesco, según se trate de hijos del matrimonio o habidos fuera de él, obedece fundamentalmente a la incertidumbre que existe sobre la paternidad de un hijo que ha dado a luz una madre soltera. Esto por lo que se refiere al parentesco consanguíneo, es decir el que deriva de la filiación.

- El *parentesco por afinidad*.- Es el que se establece entre el cónyuge y los consanguíneos de su cónyuge. El matrimonio es la fuente del parentesco por afinidad. Este llamado parentesco por afinidad, en el lenguaje corriente “parentesco político”, imita al parentesco consanguíneo, existe un vínculo de parentesco entre cada uno de los cónyuges y parientes del otro (yerno, nuera,

cuñado y cuñada). Pero este vínculo de parentesco entre afines, no es tan extenso como en el parentesco por consanguinidad. No establece una relación entre los afines de la mujer y los afines del marido de esta, ni entre los afines del marido y los de la mujer.

Así no existe en el derecho civil moderno relación jurídica entre los maridos de dos hermanas, ni entre las esposas de dos hermanos. Solo los consanguíneos de cada cónyuge adquieren parentesco con el consorte de este. La afinidad, en síntesis, hace entrar a uno de los cónyuges en la familia del otro cónyuge a semejanza de los parientes consanguíneos, aunque sin producir todos los efectos del parentesco consanguíneo. La afinidad no origina la obligación alimenticia, ni el derecho de heredar.

El parentesco por afinidad nace como efecto del matrimonio. El concubinato no produce en derecho civil, el parentesco por afinidad.

- *El parentesco civil.*- Es el que nace de la adopción y es el que existe entre el adoptante y el adoptado.

Cuando una persona por acto de voluntad dentro de un procedimiento establecido por la ley, declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor o incapacitado, tiene lugar la adopción. Nace así una relación paterna filial que aunque ficticia, es reconocida por el derecho. A este vínculo jurídico se le denomina parentesco civil.

La adopción cumple así una doble finalidad: atribuir una descendencia ficticia a quienes no han tenido hijos de su propia carne y establecer la posibilidad de que los menores o incapacitados encuentren de esta manera el cuidado y la protección que requiere su estado.

Los tres tipos de parentesco, sólo se dan completos en la familia legítima, producto del legítimo matrimonio, ya que en la familia natural, sólo habrá parentesco con la madre, con los consanguíneos de la madre, o con quien reconozca al descendiente y sus consanguíneos. Por otra parte en la adopción o sea en el parentesco civil, sólo existe parentesco entre adoptante y adoptado y no entre los consanguíneos o afines al adoptante y los consanguíneos o afines del adoptado.

Queda definido que el parentesco es el conjunto de vínculos que se establecen entre personas que descienden unas de otras, como los hijos del padre los nietos del abuelo, o bien de un progenitor común, como los hermanos, los tíos y sobrinos, etc.

Cada especie de parentesco muestra las características de este concepto; el que se establece entre padres e hijos, tíos y sobrinos hermanos, el que se contrae por el patrimonio y el matrimonio; en términos jurídicos: Por consanguinidad, por afinidad y civil.

Cada generación que se procrea forma grados y estos a la vez forman las líneas de parentesco que establecen nuestra relación con los parientes.

Esta relación tiene efectos jurídicos, que ayudan a ejercer los derechos y obligaciones que se presentan, así como cumplir con los lineamientos de incapacidad que se tiene en un grupo familiar.

3.3. REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Reproducción asistida es la técnica de tratamiento de la esterilidad o infertilidad que conlleva una manipulación de los gametos.

3.3.1. Técnicas de reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción asistida tienen por objeto auxiliar, transformar o sustituir procesos destinados a ocurrir naturalmente dentro del cuerpo humano por medio de una manipulación científica. No se genera modificación alguna en cuanto al campo genético del embrión pues no busca crear de la nada un ser humano con características especiales y específicas, sino que combinando las diferentes tecnologías y la aportación de alguno de los gametos ya sea femenino o masculino propios o donados se logre dar vida, presentándoles una gran oportunidad a las parejas que no han logrado tener hijos sin atravesar por el proceso de adopción que muchas veces resulta complicado

La reproducción asistida puede ser llevada a cabo empleando diferentes técnicas y la más adecuada a emplear en cada caso, dependerá de las circunstancias y problemas particulares de cada pareja.

3.3.1.1. Inseminación artificial.

Es todo aquel método de reproducción en el que el espermatozoides es depositado en la mujer mediante instrumental especializado utilizando técnicas que remplazan a la copulación, ya sea en óvulos en el útero, en el cérvix o en las trompas de Falopio. Es una técnica de reproducción asistida que consiste en el depósito en el interior del tracto reproductor femenino de los espermatozoides, para acortar la distancia que deben recorrer estos, hasta llegar al ovocito.

En un principio la Inseminación Artificial se utilizó en situaciones de alteración anatómica del aparato reproductor masculino o en casos de disfunción eréctil, en los que el varón no era capaz de eyacular dentro de la vagina de la esposa. Posteriormente la Inseminación Artificial se utilizó también en casos de

infertilidad masculina, ya que al concentrar los espermatozoides se consigue que un mayor número de ellos alcance la periferia del ovocito.

Existen diferentes tipos de Inseminación, dependiendo de la procedencia del semen, y del lugar del tracto femenino donde se depositen los espermatozoides:

1. Según la procedencia del semen:

a. *Inseminación Artificial Conyugal (I.A.C.)*, cuando el semen procede del marido. Este tipo de inseminación es la más indicada cuando el varón tiene algún tipo de anomalía en la anatomía de su pene y le resulta difícil, a los espermatozoides, alcanzar el óvulo.

Se recoge el semen inicial de varias eyaculaciones para posteriormente juntarlos, de esta manera, aumentará el número espermatozoides con lo que se inseminará a la mujer en su período más fértil.

Aproximadamente la mitad de las veces el hombre es el que presenta el problema de infertilidad. En algunos casos, existe tratamiento médico o quirúrgico y la pareja puede lograr el embarazo en forma espontánea pero en un número importante de casos hay que recurrir a la inseminación artificial homóloga.

b. *Inseminación Artificial Donante (I.A.D.)*, cuando el semen procede de un donante anónimo. Es un tratamiento de reproducción asistida que se lleva a cabo cuando no se pueden utilizar espermatozoides de la pareja para conseguir el embarazo.

En la actualidad, los avances en el diagnóstico del factor masculino, en su tratamiento y sobre todo en las técnicas de fecundación asistida, como la micro

inyección espermática intracitoplasmática hacen que cada vez se tenga que recurrir con menos frecuencia a la utilización de semen de donante. Sin embargo hay ocasiones en las que es imposible conseguir espermatozoides, ni siquiera tras un tratamiento médico del varón o incluso tras realizar una biopsia testicular para aspirar espermatozoides.

Son casos en los que de nacimiento, no se generan las células que dan lugar a los espermatozoides o bien estas funcionan incorrectamente y no llegan a producir espermatozoides. En otras ocasiones sí hay algún espermatozoide, pero o bien están todos muertos o ninguno de ellos presenta una correcta morfología. Existen, por último, pacientes en los que sí hay espermatozoides e incluso con movilidad y en mayor o menor cantidad, pero todos ellos o en una gran mayoría, podrían transmitir algún tipo de enfermedad, malformación o alteración genética al feto en el caso de que se produjera un embarazo.

Ante todas estas circunstancias, así como en aquellas en las que el número de espermatozoides móviles sea muy bajo y no se utilicen técnicas de microinyección espermática intracitoplasmática, o en algunos casos en los que a consecuencia de alteraciones en el semen la calidad embrionaria sea muy baja, es posible recurrir a espermatozoides de un donante para conseguir el embarazo.

2. Según el lugar donde se depositen los espermatozoides:

a. *Inseminación Artificial Paracervical*.- consiste en depositar los espermatozoides en el cuello uterino, en el canal cervical, es menos usada que la intrauterina debido a su menor efectividad.

b. *Inseminación Artificial Intrauterina*: cuando se dejan en el interior del útero. “Habitualmente se lleva a cabo siempre la Inseminación Artificial Intrauterina con el semen previamente capacitado, ya que es la que mejores

resultados proporciona. Es un procedimiento donde el semen se procesa y los espermatozoides se reconcentran para ser depositados posteriormente en el útero usando un tubo (catéter) de material sintético delgado y flexible”²⁹.

Es necesario procesar adecuadamente a los espermatozoides ya que de lo contrario podrían ocurrir dolorosas complicaciones al depositarlos en el útero.

Al hacer la inseminación artificial intrauterina se inserta un espejo en la vagina de la paciente y el catéter con una jeringa conteniendo la muestra de espermatozoides debidamente procesada se inserta en el cerviz para depositarlo en el útero. Después de que se depositan los espermatozoides se retira el catéter y el espejo. Generalmente este procedimiento no es doloroso.

La inseminación artificial intrauterina se planea para que se lleve a cabo cerca del momento de la ovulación.

La inseminación artificial intrauterina es generalmente el primer tratamiento para casos de infertilidad masculina moderada.

La inseminación artificial intrauterina es también la primera alternativa para mujeres con factor cervical de infertilidad. El moco cervical puede ser muy delgado, poco fluido o muy escaso.

En algunos casos el sistema inmunológico de la esposa puede confundir a los espermatozoides como agentes patógenos invasores. Cuando esto pasa el cuerpo activa sistemas naturales de defensa para destruir a los espermatozoides como si fueran bacterias o virus.

²⁹ http://www.lainseminacionartificial.com/inseminacionartificial_intrauterina.html Fecha de consulta 29 de abril de 2012.

Con la inseminación artificial intrauterina, los espermias son depositados directamente en el útero eliminando la exposición al moco cervical.

3.3.1.2. Fecundación in-vitro (FIV).

Consiste en la extracción del ovocito femenino para fecundarlo fuera del organismo de la mujer con espermatozoides obtenidos previamente del hombre. Tras la fecundación, el embrión es implantado en el cuerpo de la mujer. Esta vía recibe el nombre de *fecundación in vitro* (FIV).

En la actualidad la reproducción asistida (*in útero o in vitro*) es una práctica muy común, aunque dependiendo de los centros, los resultados pueden cambiar.

La fecundación in-vitro (FIV) es uno de los tratamientos de más amplia aplicación dentro de las técnicas de reproducción asistida y constituye una de las técnicas de uso rutinario en el tratamiento de la infertilidad.

Desde que se produjo el primer nacimiento mediante FIV, en Inglaterra, en 1978, cientos de miles de niños y niñas han nacido gracias a esta técnica, habiendo sido ampliamente demostrada la seguridad de su uso.

La fecundación in-vitro o FIV, consiste sencillamente en juntar óvulos y espermatozoides en un medio de cultivo para que fecunden, cuando de forma natural no pueden hacerlo por una disfunción en el varón o en la mujer.

Primero se obtienen los ovocitos (óvulos) de la mujer mediante aspiración transvaginal de los folículos y posteriormente son inseminados en el laboratorio, poniéndolos en contacto con una concentración adecuada de espermatozoides y dejando que ellos mismos realicen todo el procedimiento de fecundación, como lo harían de forma natural en el interior de las trompas de Falopio.

Los ovocitos que son fecundados, iniciarán la división celular, exactamente igual que lo harían en el interior del tracto genital femenino, transformándose en embriones, los cuales serán finalmente transferidos al útero materno, donde llegarían por sí mismos si la fecundación se hubiera producido en las trompas de Falopio.

Actualmente sabemos que ni los ovocitos, ni las células que los rodean ni el líquido donde se encuentran, atraen a los espermatozoides, sino que son las contracciones de las propias trompas de Falopio las que llevan los espermatozoides hasta los óvulos. Por ello, en la FIV, los ovocitos deben ser depositados en pequeñísimas gotas de un medio de cultivo basado en el fluido tubárico humano (HTF) para facilitar el contacto entre óvulos y espermatozoides.

3.3.1.3. Micro inyección espermática (ICSI).

La micro inyección intracitoplasmática (intra cytoplasmic sperm injection) es una de las técnicas más novedosas y que mayor repercusión han tenido en el tratamiento de la infertilidad.

Aunque se venía investigando desde la aparición de las primeras técnicas de reproducción asistida, el primer embarazo conseguido mediante esta técnica data de 1992. Hoy en día ya se cuentan por miles los niños y niñas nacidas gracias a la microinyección intracitoplasmática (ICSI).

Su incorporación al laboratorio de Fecundación In Vitro como método de rutina está avalada tanto por los resultados obtenidos como por las nuevas perspectivas de tratamiento que ofrece a parejas con infertilidad debida a factor masculino severo y que veían anteriormente limitadas sus posibilidades de procreación mediante la Fecundación In Vitro (FIV) convencional.

Fundamentalmente la técnica consiste en la inyección de un solo espermatozoide dentro del ovocito.

La paciente, tanto si sus óvulos van a ser inseminados mediante Fecundación In Vitro o mediante microinyección intracitoplasmática llevará idéntico tratamiento, ya que la única diferencia estriba a nivel del laboratorio.

La microinyección intracitoplasmática permite que si ningún espermatozoide puede penetrar por sí mismo dentro del óvulo y fecundarlo, el especialista puede introducirlo con ayuda de unos finísimos microcapilares haciendo que fecunde.

3.3.1.4. Cultivo de embriones.

El cultivo de los embriones se lleva a cabo en el laboratorio de FIV, donde se controlan y optimizan los parámetros necesarios (temperatura, pH, humedad, esterilidad) para conseguir el desarrollo normal de los mismos.

El objetivo, a lo largo de todo el proceso, es supervisar, evaluar y seleccionar aquellos embriones que por sus características morfológicas ofrezcan una mayor garantía de implantación en el útero materno. Para ello los embriones son cultivados en diferentes medios secuenciales que aportan de forma continua los nutrientes necesarios en cada estadio del desarrollo embrionario.

3.3.1.5. Transferencia de embriones.

La transferencia de embriones es la culminación de un proceso que empezó varias semanas antes con el inicio de la estimulación ovárica de la mujer. Los embriones fecundados, cultivados y seleccionados en el laboratorio, se transfieren al útero materno para que implanten y prosigan su desarrollo.

La transferencia de embriones se lleva a cabo en una sala de quirófano, pero no por las dificultades que conlleva el proceso en sí, sino por la necesidad de trabajar bajo condiciones estrictas de esterilidad. De hecho no requiere ningún tipo de anestesia ni sedación ni tampoco hospitalización, si bien, una vez depositados los embriones en el útero, la paciente es llevada a su habitación para que guarde reposo durante 24 horas.

“El ginecólogo realiza primero una ecografía para valorar la posición del útero y el estado del endometrio. Habitualmente, el útero está muy doblado hacia delante, sobre la vejiga de la orina. Por ello, es aconsejable en estos casos de anteflexión uterina realizar la transferencia con la vejiga bien llena, de manera que ella misma endereza el útero y la cánula puede llegar hasta el fondo de la matriz, fácilmente, sin doblarse y sobre todo sin la necesidad de utilizar instrumentos como las pinzas de garfio, cuyo uso hace que se liberen prostaglandinas y se produzcan contracciones uterinas, muy perjudiciales en estos estudios iniciales de implantación” .³⁰

“Tras limpiar cuidadosamente la vagina, se introduce esta finísima cánula (que todavía no contiene a los embriones) a través del cérvix y hasta llegar cerca del fondo del útero. Cuando se confirma que la cánula se encuentra correctamente situada, el embriólogo cargará en un catéter los embriones previamente seleccionados. Este catéter, todavía más fino y que ya contiene los embriones, es suavemente deslizado a través de la cánula que introdujo el ginecólogo. Éste, controla la progresión del catéter por ecografía, de manera que solo cuando verifica que el catéter está en el fondo, deposita los embriones.”³¹

La pequeña burbuja de aire que acompaña a los embriones, es controlada perfectamente mediante ecografía, valorándose además si el útero presenta o no

³⁰ <http://m.monografias.com/trabajos18/tecnicas-fecundacion/tecnicas-fecundacion.shtml#fecundacion> Fecha de consulta 5 de mayo de 2012.

³¹ Ídem.

contracciones, que pudieran afectar a los embriones. La transferencia debe ser lo más delicada posible, evitándose tocar el fondo del útero o forzar la entrada de la cánula a través del cérvix, ya que como hemos explicado, todo ello hace que se liberen prostaglandinas que favorecen la producción de contracciones uterinas.

Una vez depositados los embriones, cánula y catéter son cuidadosamente retirados y examinados bajo microscopio en el laboratorio de embriología (situado al lado de la sala de quirófano) para descartar que ningún embrión haya quedado adherido al catéter.

3.3.1.6. Maternidad subrogada.

Es aquella por la cual otra mujer lleva el embarazo de un embrión o el embrión de un donante hasta su término y te entrega el bebé después de que nazca.

3.4. LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El término maternidad subrogada tiene diversas acepciones, en ocasiones se conceptualiza parcialmente haciendo referencia sólo a una de sus clases, por ello es necesario recapitular los conceptos dados por reconocidos juristas y luego discernir y delimitar las distintas manifestaciones de esta técnica de reproducción asistida. Cabe aclarar que otro término usado y que incluso es más difundido, es la denominación de: vientre de alquiler, que podría definirse como “el proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar un bebé. Una vez que el niño es dado a luz, es entregado a la pareja en cuestión, y la mujer que lo ha gestado debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el bebé.”³²

³² RUBIO CORREA, Marcial, *Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio*, PUCP, Lima – Perú, 1996, p. 124.

A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975, aproximadamente. A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, como: alquiler de vientre, maternidad sustituta, alquiler de útero, maternidad de sustitución, arriendo de útero, maternidad suplente, arrendamiento de vientre, maternidad de alquiler, donación temporaria de útero, maternidad de encargo, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, madres de alquiler, gestación de sustitución, madres portadoras, gestación subrogada, vientre de alquiler o madre portadora. Sin embargo, la que más ha predominado de todas es la de *maternidad subrogada*.

“Todas las denominaciones tienen por objeto indicar la solicitud que se hace a una mujer para que gestar por otra. No obstante, no todas las denominaciones son en realidad correctas, madres de alquiler, madres portadoras, alquiler de vientre y alquiler de útero”³³, apunta Delgado Calva. Así, las denominaciones que a este autor no le parecen correctas son: maternidad de alquiler en virtud de que no se trata de un contrato de arrendamiento.

Delgado Calva propone el siguiente concepto de maternidad subrogada. "Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro) , a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más

³³ *Op. Cit.* Nota 18.

los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante"³⁴.

Peralta Andía en su libro *Derecho de Personas en el Código Civil* define a la maternidad subrogada como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto. Ello implica una serie de deberes y derechos que debieran reglamentarse. Por su parte, Juan Espinoza define a la madre sustituta como "aquella mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en éste el embrión concebido extracorpóreamente, para después entregar al niño a sus verdaderos padres"³⁵.

Según Clara Mosquera, la maternidad subrogada es un fenómeno de la última década que se presenta principalmente en países desarrollados, y que consiste en que una mujer es contratada para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un donante y procrear de esa forma un hijo. Al nacer este, lo entrega al matrimonio que la contrató, cediendo la custodia del menor en favor del padre y renunciando a sus derechos materno-filiales para que el niño pueda ser adoptado por la esposa del padre.

Se dice que es un acto jurídico, porque es un hecho en el que interviene la voluntad humana, es decir, la mujer subrogante conviene con la mujer subrogada en tener un hijo que le entregará cuando nazca.

³⁴ DELGADO CALVA, Ana Soledad. *La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

³⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de Personas*, PUCP, Lima – Perú, 2004, p.121.

3.5. CLASIFICACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

En cuanto a la maternidad subrogada existen dos tipos o clases que son: la maternidad subrogada homóloga y la maternidad subrogada heteróloga. Ambas han sido utilizadas y existen ejemplos de ellas en diversos países, como ya quedó señalado, al inicio de esta investigación.

3.5.1. Maternidad subrogada homóloga.

Es aquella que se presenta cuando una mujer acepta ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del marido de una mujer estéril, y entrega al niño al nacer; por tanto es madre biológica, gestadora y generadora.

También es conocida como maternidad subrogada propiamente dicha, porque la que gesta al niño es la que aporta el óvulo para que sea inseminado.

Debe dejarse claro que en este tipo, pueden existir distintas variables. Lo que caracteriza a este tipo de maternidad subrogada, es que el bebé que se gestará, biológicamente sí será hijo de dicha madre subrogada. Pero para inseminarla, no necesariamente se utiliza el espermatozoides del esposo de una mujer estéril, puede tratarse de una mujer que simplemente no desea pasar por el proceso de embarazo, o bien puede ser que la inseminación se realice con espermatozoides de una tercera persona, un donador.

Por lo expuesto, cada caso particular requiere de un análisis específico. Tanto por parte de la pareja que desea un hijo, como por parte de la mujer que prestará su vientre para gestar al hijo de dicha pareja.

3.5.2. Maternidad subrogada heteróloga.

Consiste en que la mujer contratada, lleva un embrión genéticamente ajeno implantado en su útero. El embrión puede ser de la pareja contratante como de donantes. En este tipo de subrogación gestacional pueden presentarse cuatro variantes:

- Cuando tanto el semen como el óvulo provienen de la pareja contratante.

- Cuando el óvulo proviene de la esposa contratante y el semen de un donador.

- Cuando el óvulo pertenece a una donadora y el semen al esposo contratante.

- Cuando tanto el óvulo como el semen provienen de donantes.

3.6. CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La maternidad subrogada surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, la cual por su mecánica ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos.

La maternidad subrogada tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, pero esto ha creado serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito internacional como nacional.

Posteriormente, surgieron otras causas para que se produjera la maternidad subrogada como:

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;

2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;

3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé;

4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;

5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro; o

6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física, por ello contratan a una mujer que geste y dé a luz a un bebé que finalmente les será entregado. En el quinto, se alude a la fecundación post

mortem; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales. De dichas causas que dan origen a la maternidad subrogada, la más rechazada es precisamente la que buscan parejas homosexuales.

De las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad y en ocasiones por personas que desean conservar su forma física. Las otras formas son menos recurridas, sin embargo, existen casos, que aunque sean pocos no son por ello menos importantes; recordemos que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja la maternidad subrogada.

Las que son más aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada son las relativas a la esterilidad e infertilidad de la pareja, no así las que se refieren a mujeres que buscan cuidar su aspecto físico, las que aluden a la reproducción post mortem, pues la doctrina señala que de antemano, “el niño sería huérfano de madre desde antes de nacer; aunque por otra parte dicen que no se puede prohibir si existe consentimiento expreso en testamento de uno o ambos cónyuges para que esta práctica fuera posible en caso de morir alguno de ellos”³⁶.

Tampoco es aceptada la maternidad subrogada a causa de personas solteras que buscan un bebé, pues se dice que este debe contar con unos padres que lo críen, que lo quieran y una persona soltera carece de un esposo o esposa, concubina o concubino que forme con el niño una familia.

De hecho, diversas clínicas y hospitales dedicados a aplicar las técnicas de reproducción asistida no permiten que personas solteras las soliciten, sino sólo

³⁶ Op. Cit. *Nota 34*.

aquellas unidas en matrimonio o en concubinato, dejando afuera a quienes son solteros.

3.7. POSTURAS DOCTRINARIAS ACERCA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO.

3.7.1. Argumentos en contra de la maternidad subrogada.

Los principales argumentos en contra de la maternidad subrogada pueden agruparse básicamente en siete puntos que en sus líneas centrales las objeciones morales se basan en que:

1. La maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable.

Este es uno de los argumentos más frecuentemente dado por quienes sostienen posturas conservadoras. Podemos hablar en estos casos del “mito de la naturalidad”, en estos planteos existe cierta nostalgia por un pasado mitificado y suelen tener una visión idílica de la familia y los roles de los miembros de la misma, para ellos en las familias de antes todo era natural, puro y bueno, creen que todo tiempo pasado fue mejor y los avances que se van sucediendo en los diversos campos van desnaturalizando y degenerando los procesos naturales. Este argumento es muy débil, ya que se cae por sí mismo, lo natural no puede ser homologable con lo moralmente bueno y ni siquiera con lo bueno en general.

2. Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, juzgamiento y explotación de la mujer. Este argumento quizás sea un poco más atendible que el anterior, ya que esta objeción moral puede resultar verdadera en algunos casos. Esta crítica, que a

veces aparece con algunas variantes pero conservando la idea central de la utilización de la mujer, es el principal argumento en contra de la maternidad subrogada esgrimido por las corrientes feministas. Las mismas señalan que las mujeres históricamente fueron tomadas como objetos, manipuladas y explotadas por los varones para sus propios fines y que esta versión moderna del machismo patriarcal continúa imponiéndole a la mujer la obligación de parir, usándola como recipiente.

3. *El valor de intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada mercantiliza a los seres humanos y un hijo o hija no puede ser un medio para obtener otra cosa.* Este argumento destaca el valor monetario del intercambio, en esta postura lo objetable es que la práctica se haga a cambio de dinero. Desde esta visión tendríamos que poder decir entonces que si las personas que realizan la creación de un hijo mediante la maternidad subrogada lo hacen sin ningún fin de lucro y sólo por motivos altruistas estaría aceptada y sería moralmente aceptable, como es el caso de algún familiar o amiga de la pareja o mujer en cuestión que los ayuda en la gestación sin que medie un intercambio de dinero. Sin embargo los críticos que objetan la práctica probablemente no estarían tan dispuestos a aceptar tampoco esta posibilidad.

4. *Los hijos deben ser queridos por sí mismos, crear un hijo para darlo sabiendo el destino ya de antemano es objetable.* Este argumento emparentado con el anterior, destaca el aspecto teleológico del proceso poniendo atención al querer de la madre subrogante que crea un niño para darlo. Los objetivos y motivaciones son procesos psicológicos complejos en los cuales las variables van cambiando y reconfigurándose, difícilmente se puedan encontrar e identificar elementos únicos y simples en los motivos por los cuales una mujer decide convertirse en madre subrogante.

En general, ellas suelen referir muchos y variados motivos por los cuales deciden llevar adelante esta práctica, entre los más destacados podemos mencionar las ganas de ayudar a otras personas, las cosas que podrán hacer con el dinero que obtienen y el placer que sienten al estar embarazadas o al dar a luz.

Conocer el destino al dar un hijo que se portó sabiendo que las personas que se harán cargo de ese niño o niña cuidarán de su bienestar no tiene nada objetable, ya que es una forma de ayudar y generar bienestar a las partes involucradas. Las personas contratantes logran ser padres al tener un hijo, la madre portadora obtiene cierta retribución y en algunos casos cierto placer y satisfacción al ayudar a otras personas y al sentirse embarazada y el niño o niña que nace, encuentra una familia que lo deseó intensamente y no hubiera existido de no haber mediado dicho acuerdo.

En este argumento se cuestiona el destino que ya se sabe va a tener ese chico al decidir engendrarlo, es decir entregarlo a otra familia, a diferencia por ejemplo de una mujer que queda embarazada y luego decide dar en adopción al niño ya que no puede o no quiere hacerse cargo del mismo. Creemos que no debería objetarse la previsión como un factor cuestionable, ya que la madre gestante toma en cuenta el futuro bienestar de ese niño que va a entregar y no se la puede cuestionar sino también sería criticable la mujer que quizás un poco más inconscientemente quedó embarazada y dio posteriormente a su hijo en adopción.

Igualmente más allá de estas circunstancias, se considera que este argumento es el más atendible y más difícil de desarticular, con el que cuentan los críticos de la maternidad subrogada.

5. *Desprenderse de un hijo o hija y de la responsabilidad que implica es moralmente cuestionable.* La madre portadora no se desprende de las responsabilidades como madre hacia el niño, en todo caso nunca las asume, sus

responsabilidades con relación al hijo por nacer se circunscriben a los cuidados durante la gestación, ella no toma responsabilidades respecto de la crianza por lo tanto no podemos decir que se desentienda de las mismas.

Se podría objetar o cuestionar que la madre portadora no atienda al futuro de su hijo y su bienestar, pero ella elige de alguna manera a aquellas personas que se harán cargo del cuidado y la crianza de ese hijo por nacer, no lo abandona, ni siquiera lo deja en un anónimo lugar para que sea ubicado posteriormente sino que se lo da a una pareja que conoce en la mayoría de los casos.

Una mujer por decidir ser madre sustituta está asumiendo solamente ciertas responsabilidades respecto del hijo que está gestando, los críticos que argumentan en contra de la maternidad subrogada no logran ver las diferencias entre las responsabilidades que asume la madre sustituta y las que asume la madre de crianza, ya que ambas son claramente distintas y no son subsumibles a una sola y única categoría de monolíticas responsabilidades maternas.

6. *Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales.* En general este argumento se basa fundamentalmente en dos aspectos que remarcan los críticos: el primero hace referencia al quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación y el segundo a las dificultades de aceptación social, ambas circunstancias se alegan como potenciales causantes de trastornos y problemas para el hijo o hija nacido bajo la forma de la subrogación.

El vínculo materno-filial entre la madre gestante y el bebé ha sido ampliamente estudiado e investigado y se comprobó que existe una fuerte conexión entre ambos, sin embargo las investigaciones muestran que no existen dificultades o complicaciones psicológicas ni en los niños ni en las madres portadoras.

Igualmente podríamos suponer como quieren los opositores de la subrogación, que estas madres sustitutas pueden establecer un vínculo igualmente intenso con el hijo que gestan, pero en esos casos nos encontramos con situaciones similares a las que se den en la adopción. Mujeres que gestan a un niño y luego lo entregan quebrándose ese supuesto vínculo entre ambos y, sin embargo, no se objeta la adopción.

Las investigaciones y los datos observables en los casos de adopciones no traumáticas, en donde también se rompe ese vínculo materno-filial alegado, muestran que no hay secuelas significativas en los chicos y que lo fundamental para su desarrollo emocional y psicosocial es el amor que reciben y esto vale de la misma forma para la subrogación.

El vínculo biológico es importante pero no determinante, tampoco son traumáticas las separaciones de la madre con el niño o niña en los casos de subrogación. Esto se debe, muy probablemente, a que la madre subrogada tiene plena conciencia de sus actos y decisiones previas al embarazo, a que es algo planeado y a que el menor se desprende de la gestante, con relativa facilidad por su corta edad.

El otro aspecto que se señala es la *dificultad de aceptación por parte de la sociedad y las posibles discriminaciones que pueda sufrir el niño o niña*. Este aspecto es atendible, pero no podemos alegar que no es moral la subrogación porque la sociedad pueda discriminar o no aceptar a estos chicos, lo que debemos hacer es comprometernos a respetar las diferencias y a educar a las personas para lograr que sean más tolerantes y comprensivas, evitando o disminuyendo las conductas discriminatorias.

Si objetamos la práctica de la subrogación por las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría casi avances ni cambios en ningún área y todo seguiría igual a través de los siglos; una respuesta que se espera, psicológica y sociológicamente, es que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo, luego suele haber respuestas de tibia aceptación, hasta que se da una asimilación casi completa como fue el caso de la fertilización *in vitro* y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida.

Algunos críticos también señalan las dificultades que estos chicos podrían tener para asumir su identidad o los problemas que les ocasionaría conocer su verdadera historia al crecer, esto tampoco se observa en los estudios realizados y objeciones similares podrían plantearse en chicos adoptados y sin embargo nadie cuestiona esta práctica.

7. Es inmoral traer un niño o niña al mundo mediante la maternidad subrogada, habiendo muchos chicos que pueden ser adoptados. Este argumento plantea el tema de la adopción, que es muy importante ya que es atendible y loable que las personas quieran y decidan adoptar. Sin embargo, cabe preguntarse: la adopción ¿debería ser una opción sólo para aquellas personas que tienen dificultades reproductivas? Con este criterio sería moralmente objetable el simple hecho de traer hijos al mundo habiendo chicos sin padres que esperan por una familia que los adopte.

El pensar en la adopción como vía para acceso a la paternidad o maternidad es destacable por sí mismo, pero el no pensar en hacerlo no podría ser objetado moralmente y menos aún si la objeción solo recae sobre aquellos que tienen dificultades reproductivas y desean tener un hijo de otra manera.

En esta argumentación discriminatoria, se filtra sutilmente un prejuicio muy arraigado en la historia de las sociedades patriarcales, que es el rechazo a las

personas infértiles, principalmente sobre las mujeres en esas condiciones, que se ve reflejado ya desde los relatos bíblicos con suma crudeza y es recogido a lo largo de los tiempos de diversas formas.

3.7.2. Argumentos a favor de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.

Los estudios sobre los niños y las familias que tienen hijos mediante la modalidad de la maternidad subrogada, muestran que no aparecen ni las complicaciones ni los problemas psicológicos vaticinados por los críticos. La maternidad subrogada debería estar controlada y regulada por el estado, como otras formas de acceso a la maternidad y la paternidad.

Para otros críticos piensan que la maternidad sustituta es una modalidad más para acceder a la paternidad y la equipara a las otras formas de acceder a la misma sin transmisión de linaje genético. Pudiendo tener las mismas objeciones que en los otros casos, pero ninguna de ellas plantea un problema ético, si el estado cumple la tarea de regular la práctica cuidando a todas las partes involucradas, fundamentalmente a la madre sustituta, la cual no cuenta en general

con un abogado o un asesor que cuide sus intereses, como asimismo los derechos del niño por nacer los cuales deberían ser cuidados especialmente.

3.8. TEORÍAS SOBRE EL PRESUPUESTO DETERMINANTE DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Existen diferentes corrientes que buscan sustentar el presupuesto que debe predominar en el momento de determinación de la filiación. Con base en ello, se presentan posiciones doctrinarias para determinar la maternidad en los casos de sustitución en la gestación:

3.8.1. Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento biológico.

La doctrina civil mantiene un parecer inalterable, sosteniendo que en la determinación en la maternidad, “el presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre”.³⁷

Trabucchi, afirma que tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor tipo sociológico. Para este autor en su escrito acerca de la procreación y genética humana establece que se es madre por naturaleza, a diferencia de lo que sucede en la paternidad, el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos.

³⁷ MORAN DE VICENZI, Claudia, *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*, Ara Editores, Universidad de Piura, p. 193.

Por lo tanto, la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada. De ahí, que en este caso el elemento responsabilidad, está estrechamente unido a la veracidad que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posesión de la madre.

Trabucchi afirma que la labor de la mujer gestante no es una labor para otros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo. De manera que la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido, debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que pueda tener calor alguno los acuerdos celebrados con otras personas.

Este jurista concluye estableciendo los diversos papeles que juega el elemento de responsabilidad en las relaciones parentales, mientras que la madre es por fuerza de la naturaleza, al padre se le reconoce en virtud de una construcción social.

3.8.2. Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento volitivo.

Vercellone, reconoce la presencia del elemento voluntario en la maternidad. De acuerdo con el principio de voluntad por la creación, “madre es la mujer que guarda algún tipo de relación biológica con el recién nacido, pero que además también desea el hijo para sí”³⁸. En consecuencia debe descartarse la responsabilidad por la maternidad de la mujer que se limitó donar su óvulo, o la de quien sólo llevó adelante una gestación y dio a luz un hijo con aporte del material genético y por encargo de otra.

Las tesis voluntaristas han implicado un cambio sobre la tradicional consideración del criterio determinante de la maternidad: el parto. La doctrina

³⁸ VERCELLONE, Paolo, *Tratado de Derecho Civil Italiano*, La Filiazione, Vol. III, Tomo II, De. Utet editore, Torino, Italia, 1987, p. 319.

actual reconoce que la misma se puede determinar legalmente prescindiendo de todo vínculo biológico o genético con el nacido y, que, puede ser una relación fundamentada exclusivamente en la intención o el deseo.

3.8.3. Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento genético.

GORASSINI alega que la lógica según la cual la gestación crea un vínculo más fuerte con el nacido, es desmentida por la lógica del sentido común. “Si el óvulo de una mujer negra gestado por una mujer blanca no hace blanco al nacido, tampoco la mayor duración del embarazo garantiza que la mujer blanca sea mejor madre que la negra. De igual manera, la madre genética puede vivir con mayor intensidad la gestación que la madre uterina, así como el padre no tiene un vínculo afectivo menor con el concebido por no llevarlo en su seno”³⁹.

A ello se añade que siempre es técnicamente posible crear una máquina para la gestación artificial, de manera que es posible que exista nacimiento sin parto, supuesto en el cual este dato pierde su utilidad para determinar la maternidad, a menos que se piense atribuir la maternidad a tal máquina incubadora.

Aparece entonces, a favor de la madre genética, el argumento de la realidad biológica; porque el niño se parecerá genéticamente a ella. A favor de la madre portadora, aparece el proceso de gestación que produce un vínculo intenso e íntimo entre la gestadora y la criatura que crece en sus entrañas y el acto inigualado del alumbramiento.

Marcial Rubio Correa, defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética, pero si se cumple con dos requisitos, ciertamente excepcionales: que la madre subrogada sea soltera (o que el marido logre negar

³⁹ GORASSINI, *Procreazione Artificiale Eterologa*, De. Utet editore, Torino, Italia, 1987, p. 1251.

su paternidad), y que la mujer en el parto o, que a partir de él, quede físicamente imposibilitado para asumir la maternidad.

CAPÍTULO IV

REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LOS ESTADOS DEL PAÍS.

4.1 REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Hasta ahora esta práctica se realiza de forma clandestina en México, con la excepción del estado de Tabasco; la aprobación de una ley regulatoria en el Distrito Federal está cercana.

La clandestinidad con la que se maneja este hecho en México impide que aquí haya datos fidedignos al respecto: es casi imposible saber cuántos alquileres de vientres hay al año, cuántos fueron llevados a feliz término, cuántos fracasaron o en cuántos la madre portadora se arrepintió al final y se negó a entregar al niño o la niña.

Lo que sí puede saberse, haciendo un cálculo somero, es que quienes ofrecen su vientre pueden obtener por ello entre 100 mil y 200 mil pesos. Todo en

función del contrato de palabra que hagan las partes y que hasta el momento es inviable llevar al papel. Nada mal para países donde la pobreza vuelve atractivos este tipo de tratos: India es un paraíso para el alquiler de vientres. Es barato y efectivo, sus clínicas son de buen nivel, sus leyes no lo prohíben, tampoco lo autorizan de forma explícita pero esa omisión ha hecho que el alquiler de vientres se haya convertido en una que mueve millones de dólares anuales y gracias a la cual nacen unos 200 niños al año en vientres subrogados en ese país asiático, según un reporte de 2008 del diario español *El País* y hay cientos de mujeres haciendo fila para ser madres sustitutas, sobre todo parejas europeas. La maternidad subrogada está prohibida en casi todo el viejo continente y muchas mujeres optan por viajar a los hospitales privados de ciudades como Bombay y pagar 10 mil euros por un proceso que en Estados Unidos, por ejemplo, les costaría casi 40 mil euros.

En Estados Unidos, concretamente en el estado de California, este proceso es legal, lo cual ha atraído a una gran cantidad de parejas que quieren tener hijos propios y están dispuestas a pagar lo que haga falta para ello: según datos de la organización Un Hijo es Posible, que ofrece ayuda a parejas hispanohablantes interesadas en contratar madres sustitutas en Estados Unidos, el costo de todo el procedimiento oscila entre 60 mil y 100 mil dólares, aunque puede ser mayor si el embarazo es múltiple o la mujer involucrada tiene que hacer más de tres intentos de inseminación.

Otros países en donde también se permite legalmente el alquiler de vientres son Ucrania, Rusia, Canadá, Israel, Grecia, Nueva Zelanda y Sudáfrica, pero cada caso es aprobado o no de acuerdo a sus circunstancias particulares.

En México existe una escasa cultura de prevención médica en casi todos los sentidos, y los asuntos de salud reproductiva no son la excepción. Según el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), hay alrededor

de un millón y medio de parejas en todo el país que tienen problemas de infertilidad —una de cada seis—, aunque algunos otros estudios, como el del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM, ubican la cifra en más de dos millones.

De ese total, 90 por ciento todavía tiene posibilidades de tener hijos propios con el tratamiento adecuado, pero el restante 10 por ciento sólo tiene dos opciones: adoptar o que otra mujer cuyo organismo sí sea apto para el embarazo se ofrezca para tener al bebé. Desde un punto de vista médico, hay dos tipos de maternidad subrogada: la genética, en la que la madre sustituta aporta un óvulo propio, y por ende tiene un vínculo genético con el bebé, y la gestacional, donde sólo lleva en su organismo el óvulo fecundado de otra mujer.

De acuerdo con análisis publicado en la página *web* del Instituto Valenciano de Infertilidad, uno de los principales motivos por los que este suceso ha aumentado entre las parejas mexicanas es que las mujeres, por motivos económicos, de trabajo, de estudio o simplemente porque no tienen una pareja con quien hacerlo, cada vez esperan más para ser madres. El segundo segmento de mujeres que registra más nacimientos en el país hoy es el de 30 a 39 años, y dentro de una década será el primero, lo cual acentuará este fenómeno en el mediano plazo, estima el INEGI.

En menor medida, también hay causas biológicas que impiden a algunas mujeres ser madres, como un mal desarrollo del útero, una falla en los ovarios a edad temprana o la extracción de la matriz por enfermedad grave como es el cáncer, o por afecciones que suelen descuidarse por falta de revisiones preventivas, como la causada por la bacteria clamidia, que se incuba en silencio durante años y sin ningún síntoma, pero que puede destruir irremediablemente las células del aparato sexual femenino, como ha alertado la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia.

Otro factor determinante es que 80 por ciento de las personas infértiles detecta el problema cuatro años después de intentar por primera vez un embarazo. Sintiendo peligrar sus oportunidades de tener descendencia, muchos hombres y mujeres entran en pánico e inician un camino que suele estar plagado de gastos, desilusiones y frustración.

En un entorno en el que la clandestinidad dificulta el alquiler de vientres, Tabasco, es la única entidad del país donde esta actividad está legalizada. Según datos publicados en marzo de 2010 por el suplemento especializado *Letra S*, del diario *La Jornada*, en 29 estados de la República esta práctica no está legislada, en Aguascalientes y San Luis Potosí está prohibida, y tan sólo en Tabasco tiene carácter legal: el artículo 92 del código civil de dicha entidad establece que en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación.

4.2. REGULACIÓN LEGAL EN TABASCO.

La maternidad subrogada es en ocasiones la única oportunidad que tienen para ser padres. En México, sólo el estado de Tabasco considera legal esta práctica. Aunque especialistas en psicología tienen sus reservas, la realidad es que esta opción debe ser considerada y legislada en nuestro país.

La maternidad subrogada en Tabasco ya es una realidad, no es nada nuevo, el término madre sustituta o subrogada apareció por vez primera en 13 años en el código civil del estado, pero se hizo para garantizar los derechos de los hijos que pudieran llegar a nacer bajo este método de reproducción asistida.

Así, los legisladores tabasqueños de 1997 quisieron verse muy vanguardistas, simplemente dejaron abierta la posibilidad de que una madre infértil pudiera contratar el vientre de otra mujer para que en él se gestara un hijo se su sangre, pero nunca establecieron cómo o con qué circunstancias se haría. Pero además, hoy lo que dice la ley tabasqueña entra en conflicto con otras normas como es la obligación de los hospitales o clínicas de entregar un certificado de nacimiento a la mujer que da a luz.

Fernando Cruz Rubio: establece que cuando el bebé nace, primero se identifica con el nombre de la madre, se toman las huellas de la mamá, las huellas del bebé y se emite un certificado de nacimiento, es un documento oficial, se tendría que ver en esta ley de qué manera podría sustituirse ese documento a nivel legal.

De esta forma cualquier madre contratante de un vientre podría no tener derechos plenos sobre su hijo, pero aun así sin una ley clara que regule la practica no ha faltado quien lo haya intentado.

A pesar de que los casos de que la renta de vientres es una realidad en México. Tabasco es el único estado de la República Mexicana que contempla la figura de la maternidad subrogada en los artículos 31, 92, 165, 272 de su código civil.

En los cuales estipula, en su artículo 92 lo que se entiende por madre gestante sustituta, la cual es la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Mientras que el Artículo 165 otorga el derecho de que cada pareja pueda planificar la cantidad de hijos, así como el de utilizar el método de reproducción artificial que prefiera.

4.3. REGULACIÓN LEGAL EN COAHUILA.

En el código civil de Coahuila se encuentra esta disposición en donde se señala que es inexistente el contrato de madre subrogada, entendiéndose con ella que de celebrarse entre una pareja o persona con la denominada madre subrogada no será válido y sin consecuencia legal alguna.

Por otra parte la maternidad se atribuirá a la madre subrogada y no a quien otorgó el material genético. Dicho en otros términos, cualquier convenio, pacto o contrato que se realice no es legal y quien participe no podrá demandar la entrega del menor a la madre subrogada.

En el artículo 491 del código civil de Coahuila se señala que el contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a esta y no a quien lo aportó.

4.4. REGULACIÓN LEGAL EN EL DISTRITO FEDERAL.

En el Distrito Federal se acaba de aprobar la Ley de maternidad subrogada, la cual fue propuesta para finalizar con la incertidumbre legal que hasta el momento rodea al alquiler de vientres.

En términos generales, se plantea que la maternidad subrogada se formalice a través de un contrato legal, realizado ante un notario público, en el que tanto la pareja contratante como la mujer contratada puedan establecer con toda claridad los términos del trabajo, con la asesoría jurídica de las autoridades capitalinas. Al brindar toda la información necesaria para tomar una decisión, puede entonces celebrarse un convenio en el que las partes interesadas sepan cuáles son sus obligaciones y derechos, y conozcan también cuáles son los riesgos de esta actividad.

Un grupo de médicos sería el encargado de evaluar la salud de las mujeres oferentes del servicio y, una vez aprobadas, de hacerles saber que quien será registrada como madre es la persona que aportó el óvulo fecundado, no ella.

De esta forma se trataría de evitar que las dueñas del útero se arrepientan de entregar al niño o niña o, en todo caso, dejarles claro que enfrentarán serias consecuencias legales por ello. Si todas estas condiciones se reúnen, podría alcanzarse el bien superior del menor, es decir, que cuando este nazca tenga garantizados todos sus derechos, sin posibilidad alguna de que su bienestar o su seguridad se disputen entre dos partes.

La Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal sólo contempla que la mujer soltera o la pareja corran con los gastos del alumbramiento y den una compensación a la mujer que facilitó su vientre para la gestación. Pero esto último no implica que se le pague alquiler por el vientre.

Abundando en cuanto a Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, esta contempla que la pareja o mujer soltera deberán acudir junto con la mujer que facilita su vientre para la gestación ante Notario Público a fin de firmar un documento mediante el cual al momento del alumbramiento el parentesco del

recién nacido sea con los padres biológicos y no tenga parentesco alguno con la mujer que prestó su vientre.

La Ley regula, entre otras cuestiones, el número de veces que una mujer puede convertirse en madre de alquiler, y también permite la interrupción del embarazo en caso de que este ponga en riesgo la vida de la mujer gestante, para lo cual no se necesitará de la aprobación de la pareja asistida.

En el caso de las madres de alquiler el tema es más delicado aún. Aunque se refieran al tema de diferentes formas como renta de úteros o prestar el vientre, lo cierto es que no estamos hablando de una casa o un coche. La mujer que se decide asistir a una pareja para tener hijos a través de su propio útero, pone en riesgo su salud, pues todo embarazo conlleva riesgos.

4.4. REGULACIÓN LEGAL EN MORELOS.

La iniciativa de *Ley de Maternidad Subrogada* de Morelos, la cual prácticamente transcribe una iniciativa de ley sobre maternidad subrogada que existe a nivel federal, y cuya copia fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Pese al loable propósito de esa iniciativa, de facilitar la posibilidad de tener hijos a parejas infértiles, aunque la ley no distingue a quiénes se les reconoce tal derecho o, en ciertos casos, tal capricho, como si tener un hijo pudiera justificarse a cualquier precio, tiene muchos inconvenientes, que aconsejan rechazar el dictamen y esperar a lo que se legisle a nivel federal en la materia, en relación con la reproducción asistida, de modo que se permita una discusión pública, transparente y razonada sobre esta cuestión, que no es más que la punta del

iceberg de las novedosas y a veces graves problemáticas que generan las técnicas de reproducción asistida.

Esta ley señala que su objetivo es establecer los requisitos para facilitar la maternidad subrogada para parejas unidas en matrimonio o en concubinato , lo cual daña el interés jurídico del menor que pretende proteger, quien tiene derecho a nacer en el seno de una familia estable, de naturaleza matrimonial.

Se considera a la maternidad subrogada, en esta ley, como una técnica auxiliar en la procreación entre hombre y mujer. Aquí cabe discutir si se trata de una técnica auxiliar o principal, pues el papel de los padres biológicos es limitado. Además, aunque pretende proteger el desarrollo del producto, en la maternidad subrogada esto es muy difícil de conseguir, dados los múltiples problemas jurídicos que se suscitan cuando la madre gestante o los padres biológicos pierden interés en el niño, debido a que no satisface los requisitos de calidad que esperaban.

También se obliga a los profesionales de la salud a informar acerca de las consecuencias médicas y legales de implantar mórulas en la madre gestante. Existe prueba fehaciente de que, con mucha frecuencia, el personal médico incumple esta obligación, además de que los estándares que exige la bioética para el consentimiento informado no son suficientes.

Lo que sí debe hacerse es firmar un instrumento, un auténtico contrato, eso sí, gratuito para evitar la venta de embriones, pues la práctica internacional demuestra que la maternidad subrogada es un mecanismo que utilizan los tratantes de personas, como en la India, donde extranjeros contratan por unos centavos el útero de una mujer, a cambio de cacahuates.

La ley regula los requisitos para el otorgamiento del instrumento de maternidad subrogada, los cuales son insuficientes, carecen de técnica jurídica y son fuente de múltiples problemas. Por ejemplo, la ley afirma que debe protegerse el interés del menor, la dignidad del embrión y los tratados internacionales; sin embargo, autoriza a la madre a abortar.

En el certificado de nacimiento de este tipo de niños debe constar la circunstancia de que nacieron bajo la modalidad de maternidad subrogada. Además, debe haber un registro de los instrumentos de dicha maternidad subrogada

Se establece la nulidad del instrumento cuando atenta contra los vagos propósitos que menciona pero que no protege la ley: vicios de la voluntad, cláusulas contrarias al interés superior del menor y a la dignidad humana o contra el orden social.

Por otra parte, en el Distrito Federal fue aprobada en noviembre de 2010, por la Asamblea Legislativa, la Ley de Maternidad Subrogada. Sin embargo, aún no está vigente ya que no se ha publicado en La Gaceta Oficial.

Tanto en Tabasco como en el caso de la Ley del DF, la maternidad subrogada está concebida como una actividad altruista, por lo que la mujer gestante no podrá recibir dinero por la renta de su vientre.

Para muchos, lo que no está prohibido está permitido, y por lo tanto recurren a este método a pesar de la falta de un marco legal que los ampare en ciertas circunstancias, como cuando la madre gestante se niega a entregar al bebé de los padres que proveen el material genético.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La maternidad subrogada es un tema novedoso para la mayoría de las personas. Es fuerte el impacto que pueden recibir las estructuras de pensamiento sobre lo que conocemos como las funciones maternas.

Los avances tecnológicos modifican de forma importante lo que naturalmente sabíamos. Por ende, la división en segmentos de estas funciones nos hace reflexionar sobre lo que concebíamos como principios irrefutables. Pero no termina ahí; se precipitan modificaciones a otros roles de vital trascendencia individual y social, como son la paternidad, la filiación, la familia; o aspectos como que personas o que parejas pueden acceder a reproducirse. Como si lo anterior fuera poco, la necesidad de reflexionar sobre velar y proteger de células y entes orgánicos que aún no gozan de personalidad jurídica, nos sume en un contexto en el que nos invita a considerar ficciones jurídicas que ya se habían revisado desde el Derecho Romano: el no nacido.

SEGUNDA. La maternidad subrogada surgió desde la antigüedad, debido a los problemas de infertilidad incurable que se presentaban dándole, la esposa a su esclava, para poder darle un hijo a su esposo, tan es así que de los primeros

casos que se dieron se encuentran estipulados en la Biblia, por lo que es una práctica que se ha llevado a cabo desde hace unos dos mil años antes de Cristo, aproximadamente.

TERCERA. Se considera que el término conocido como alquiler de útero, se ha convertido en uno de los eventos cuya denominación recuerda conceptos patrimoniales que no son muy acordes con la trascendencia social, moral y sobre todo personal de su significación. Por eso, cualquiera de las expresiones: madre sustituta, portadora o subrogada son más respetuosas. Con ellos se alude a la mujer que se presta a tener un hijo para otra, desarrollándose en su útero el embarazo y, en muchas ocasiones, habiendo donado también el óvulo.

La contratación de madres de alquiler puede derivarse demandas judiciales múltiples, generalmente basadas, en que la gestante desea retener a su hijo, en función de relaciones gestacionales subjetivas. Por estas razones, la mayoría de legislaciones considera como, madre a la gestante, y el contrato de subrogación, nulo.

Con el término general de *maternidad subrogada* o *madre de sustitución* se comprenden diversas modalidades o grados de intervención de una mujer en el proceso procreativo de otra.

Una de ellas se conoce como maternidad heteróloga, mediante la cual una mujer conviene en gestar un embrión formado, total o parcialmente, por los gametos de la pareja comitente, comprometiéndose a la entrega del nacido después de su nacimiento. En este caso, la participación de la mujer se limita a la gestación de un concebido con el que no guarda ningún vínculo genético, verificándose la escisión de la maternidad genética y uterina.

La segunda modalidad, es la maternidad subrogada homóloga o propiamente dicha, en la cual la mujer no sólo lleva adelante la gestación sino que además aporta sus óvulos para ser inseminada con el esperma del varón de la pareja comitente. En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen -la maternidad por cuenta de terceros- es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es.

Dentro del término de maternidad subrogada también están comprendidos los supuestos de donaciones de embriones o de óvulos cuya gestación es llevada adelante por la misma mujer que desea asumir la maternidad. En estos casos, la maternidad se determina a favor de la mujer gestante, solución que considero más adecuada a la certeza jurídica para la identificación del nacido y la determinación de la maternidad.

CUARTA. Puede concluirse que a falta de legislación general que regule la práctica de la maternidad subrogada, que los conflictos han sido resueltos, caso por caso, mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que por lo menos en los Estados Unidos, mediante el argumento de optar por los mejores intereses del niño así gestado, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca.

Las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de fecundación artificial, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, sino también que esta pueda realizarse sin la participación biológico-genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja.

Este hecho cobra particular relevancia, en el caso de la mujer, puesto que la realidad biológica de la maternidad y el recurso a las técnicas de procreación

asistida, hacen posible que la mujer pueda planificar su propia procreación, sin los condicionamientos a los que la naturaleza somete el deseo de una paternidad individual. De igual manera, en el caso de que la mujer decidiera colaborar en la procreación de terceras personas, la ayuda que aquella puede brindar no se limita a la donación de su material biológico, sino que puede llegar a implicar la disposición de su integridad psico-física.

Por lo que es necesario que se legisle y regule el tema de la maternidad subrogada en nuestro estado, para cubrir todas las lagunas legales que existen y resolver los problemas que se presentan hoy en día con respecto a la subrogación de la maternidad, para que los padres que opten por este tipo tengan asegurados sus derechos y no queden en estado de indefensión.

RECOMENDACIONES

PRIMERA. El reconocimiento de los niños nacido a través de la maternidad subrogada en nuestro código civil y posteriormente en las actas de nacimiento daría seguridad jurídica a los niños y padres que recurran a esta técnica de reproducción asistida. Se trata de implementar la maternidad subrogada dentro del código civil de Veracruz.

SEGUNDA. Que se estipule en el código civil del estado que quien por efecto del contrato suscrito se comprometa a entregar al bebé a su correspondiente padre, hecho que sugiere ceder la custodia del hijo al esposo de la pareja contratante, ya sea que esta renuncia a la tenencia y a ejercer la patria potestad del recién nacido, posibilitando al padre ejercer la patria potestad, en este supuesto no se liquida la relación entre la madre y el menor, ya que la ley le reconoce derechos de régimen de visita , y la obligación de prestar los alimentos a favor del hijo alimentista.

TERCERA. En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, se deberá estipular que es un contrato de naturaleza privada, es una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica

que se expresa en un documento privado. Es así que en suma la naturaleza jurídica de la relación sustantiva constituida entre los padres genéticos y la madre subrogada viene a ser de derecho privado, pero de interés público.

CUARTA. Se debe legislar y regular el tema de la maternidad subrogada en nuestro estado, para cubrir todas las lagunas legales que existen y resolver los problemas que se presentan hoy en día con respecto a la subrogación de la maternidad, para que los padres que opten por este tipo tengan asegurados sus derechos y no queden en estado de indefensión.

BIBLIOGRAFÍA

1. BIBLIA DE AMÉRICA, quinta edición, Madrid, La Casa de la Biblia, 1997.
2. CASANOVA, Martha P., et al, *Ser Mujer. La Formación de la Identidad Femenina*, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1989.
3. COSTA - LASCoux. Jacqueline, *Mujer, Procreación y Bioética, Historia de las Mujeres en Occidente*, Tomo V (El siglo XX), Taurus, Madrid, 1993.
4. DELGADO CALVA, Ana Soledad. *“La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la Luz del Derecho Mexicano”*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
5. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de Personas*, PUCP, Lima – Perú, 2004.

6. EVERINGHAM, Christine, *Maternidad: Autonomía y Dependencia un Estudio desde la Psicología*, Narcea, Madrid, 1997.
7. Informe español de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y de la Inseminación Artificial Humanas, citado en MORO ALMARAZ, María de Jesús. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988.
8. LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La Prueba Científica de la Filiación*, Porrúa, México, 2005.
9. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. *La Nueva Inseminación Artificial*, Madrid, Cívitas, 1989.
10. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. MASSIGOGUE BENEGIU, J.M. *La Maternidad Portadora, Subrogada o por Encargo en el Derecho Español*, Madrid, Cívitas, 1994.
11. MENDEZ COSTA, María Josefa, *La Filiación*. Rubizal–Culzoni Editores, Buenos Aires, 1986.
12. MORAN DE VICENZI, Claudia, *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*, Ara Editores, Universidad de Piura, p. 193.
13. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 1992.
14. RUBIO CORREA, Marcial, *Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio*, PUCP, Lima – Perú, 1996.

15. TURBERT, Silvia, *Figura de la madre, cátedra feminismo*, Madrid, Cívitas, 1996.
16. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana*. Madrid, Civitas, 1988.
17. VILA-CORO BORRACHINA, María Dolores; *Introducción a la Biojurídica*, Universidad Complutense de Madrid, España, 1995.
18. VERCELLONE, Paolo, *Tratado di Diritto Civil Italiano, La Filiazione*, Vol. III, Tomo II, De. Utet editore, Torino, Italia, 1987.

LEGISGRAFÍA

Código Civil del estado de Tabasco.

Código Civil del estado de Veracruz.

Código Civil del estado de Coahuila.

Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal.

LINKOGRAFÍA

http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/des_etico/16.htm

http://revistapersona.8m.com/33Baccari.htm#_ftnref1

<http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0125.htm>

<http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/vojula03.htm>

<http://www.oem.com.mx/elsoldezacatecas/notas/n1720040.htm>

<http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/confereencias/Familia%20para%20Costa%20Rica%5B1%5D.pdf>.

http://www.lainseminacionartificial.com/inseminacionartificial_intrauterina.html

<http://m.monografias.com/trabajos18/tecnicas-fecundacion/tecnicas-fecundacion.shtml#fecundacion>